الفتاوى الطرسوسية

أو

أنفع الوسائل

إلى

تحرير المسائل

للإمام العلامة قاضي القضاة نجم الدين إبراهيم
ابن علي بن أحمد بن عبد الواحد بن
عبد المنعم رحمه الله الطرسوسي
المتوفى سنة ٧٥٨ من الهجرة

﴿صححه وراجع أصوله المرة الأولى﴾

[illegible]

المدرس بقسم التخصص [illegible]

تم طبعه ونشره جماعة من الأفاضل
١٣٤٤ هـ - ١٩٢٦ م

[illegible]

الفتاوى الطرسوسية

أو

أنفع الوسائل

إلى

تحرير المسائل

للإمام العلامة قاضي القضاة نجم الدين ابرهيم
ابن علي بن أحمد بن عبد الواحد بن
عبد المنعم بن عبد الصمد الطرسوسي
المتوفى سنة ٧٥٨ من الهجرة

صححه وراجع نقوله للمرة الأولى

مصطفى محمد خفاجي
المدرس بقسم التخصص في القضاء الشرعي

قام بطبعه ونشره جماعة من الأفاضل

١٣٤٤ هـ — ١٩٢٦ م

مطبعة الشرق
لصاحبها : عبد العزيز قايد واخيه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله نحمده ونستعينه ونصلي ونسلم على سيدنا محمد أشرف نبي وأكرم مبعوث وعلى آله وصحبه والتابعين (وبعد) فان من أجل الكتب نفعا وأجزلها فائدة كتاب (أنفع الوسائل الى تحرير المسائل) للامام الفقيه قاضي القضاة نجم الدين ابرهيم بن علي بن أحمد الطرسوسي المتوفى سنة ٧٥٨ هجرية . كتاب جمع من الفتاوى والنقول في المسائل العلمية مالم يجمعه كتاب قبله ولم يشمله كتاب بعده خصوصا مايتعلق بالوقف والقضاء حتى كان عمدة لأفاضل العلماء السابقين ومرجعا ثقة للمتأخرين . ولما كان هذا الكتاب عسير المنال لا يوجد منه الا نسخ خطية قليلة لاتتجاوز أصابع اليد الواحدة . منها اثنتان في دار الكتب المصرية احداهما حديثة العهد وأخرى في دار الكتب الأزهرية ورابعة في مدرسة القضاء الشرعي وكلها مشوه محرف سواء في عبارة المؤلف أم فيما نقله عن غيره مما يعمى المعنى او يفهم خلاف المقصود بحيث لايستطيع القارىء فيها الاهتداء الى الصواب مهما أوتي من الذكاء والفطنة وما كان يظفر بنسخة منها الا من أوتي بسطة من المال يستطيع بها استنساخها ونقلها على مافيها وربما زادتها أيدي النساخ مسخا من غير أن يكلف نفسه عناء ضبطها أو مراجعتها . فلما وجدنا من كبار العلماء ورجال القضاء شغفا بهذا الكتاب وميلا الى اقتنائه . استعنا الله على ضبطه وتصحيح نقوله وطبعه واخراجه مرتبة مسائله موضحة معالمه وبذلنا في سبيل ذلك جهدنا — وهو غير قليل — حيث قرنا نسخة بعضها ببعض فأثبتنا منها أصحها وأحسنها عبارة وراجعنا نقوله على مصادرها وما استعصى علينا فهمه بسبب التحريف ولم نهتد الى تصحيحه أو مرجعه أثبتناه مع الاشارة الى مافيه وسيرى من أطلع على احدى النسخ الخطية عند قراءة هذا الكتاب كم عانينا من المشاق وأنفقنا من الجهد حتى جاء والفضل لله وحده غاية في الصحة ونهاية في الاتقان اللهم الا ما ليس دفعه في الامكان والله نسأل أن ينفع به انه أكرم مسئول

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم ﴾

الحمد لله الذي نور قلوب العلماء بمصابيح خلاصة الرعاية وخصهم بكشف الأسرار فأصبحت همتهم العلية تسمو الى غاية النهاية . ومنحهم كنوزاً هي خير مطلوب وبها تحصل الكفاية . أحمده على مبسوط افضاله النافع وأشكره على عطائه الجامع . وأستزيده تبصرة من نوره اللامع . وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة أدخرها ليوم الميعاد ذخراً وارددها سراً وجهراً وأشهد أن محمداً عبده المختار الهادي الى خير ملة ورسوله الذي ايده وسدد قوله وفعله . صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه صلاة تترادف بالزيادات وتتضاعف بالبركات . وتبقى مع الباقيات الصالحات وتدوم دوام الارض والسموات وسلم تسليما (وبعد) فيقول العبد الضعيف ابرهيم بن على بن احمد بن عبد الواحد الطرسوسي الحنفي [1] وفقه الله ولا وفقه . وفتح له مقفل المشكلات ووجوه البيان عرفه . لما رأيت المسائل الواقعات في المحاكمات متفرقة في الكتب . ويحصل في الكشف عنها غاية التعب . ورأيت العمل في بعضها على غير القول الصحيح بوالتلويح أنسب من التصريح . وربما وقع بعض القضاة في مسائل خارجة عن المذهب بالكلية . والمنصوص فيها على خلاف ماحكم به في القضية ؛ استخرت الله في جمع المسائل المشار اليها وترتيبها على ترتيب كتب الفقه وكنت في أول الامر اختصرت أسماء الكتب المنقول منها الحكم في المسألة فلما دخلت في الجمع تبين أن الأولى اعزاء [2] النقول الى المصنفات بالتصريح . والخروج عن عهدة الغريب منها

(١) هو قاضي القضاة ابرهيم بن علي بن أحمد بن عبد الواحد بن عبد المنعم بن عبد الصمد نجم الدين أبو اسحق الدمشقي الطرسوسي تولى وظيفة قاضي القضاة بدمشق سنة ٧٤٦ ﻫ بعد والده قاضي القضاة عماد الدين وأفتى ودرس وصنف كثيرا من المؤلفات المفيدة منها كتاب الفوائد وهو منظومة في الف بيت وقد توفى رحمه الله سنة ٧٥٨ ﻫ « تاج التراجم »

(٢) كذا بالاصل وصوابها عزو « الناسخ »

والصحيح . فأخذت فى جمع ذلك وتحريره وإيضاحه وتقريره وجعلت الابتداء فى كل مسألة بعد ترجمتها بعبارات الأصحاب فيها الى آخر ما اتفق لى من الوقوف على عباراتهم فى ذلك واتممت الكلام عقيبه بما تحرر واتضح من كشف معنى تلك العبارة وبما يعمل به في المسألة على حسب الوسع والطاقة وكل ما وقع فى هذا الكتاب بعد ذكر النقول فى المسألة ما صورته «قلت» فهو من كلام العبد وكذا كل ما كان من ترجمة المسألة قبل ذكر النقول فهو في كلامي أيضا وكنت سميت هذا الكتاب « بالتنقيح والتحقيق والتدقيق والتنميق » ثم رأيت ان أسميه «بانفع الوسائل الى تحرير المسائل » والله أسأل أن ينفع بكلامه كانفع بكلام أوليائه الصالحين بمحمد وآله الطيبين الطاهرين . وهذا حين أبتدى وعلى الله اتوكل وبه أهتدى

مسألة

لاتجب الزكاة فى مال الصغير والصغيرة على ما عرف . فاذا لم تجب فهل يجوز للقاضى الحنفى أن يحكم بسقوطها قبل بلوغها أم لا . وهل يرفع هذا الحكم الخلاف فى المسألة أم لا . وهل يشترط الدعوى له أم لا . واذا اشترطت فمن يكون الخصم فيها . وهل تصح دعوى الفقير فيها على ولى الصغير أم لا ؟ وتحرير الكلام فى ذلك

ذكر فى الهداية قال . وليس على الصبي والمجنون زكاة خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول هى غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالخراج والعشر . ولنا انها عبادة فلا تتأدى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لأنه مؤنة الأرض وكذلك الغالب فى العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع . هذه عبارة الهداية . قلت المسألة معروفة وليس فيها خلاف بين الاصحاب فيما علمت أن الزكاة لاتجب على الصغير والصغيرة فلا فائدة فى الاشتغال بنقل كلام بقية الاصحاب فيها . وهذا الحكم أعني الحكم باسقاطها

فعله جماعة من قضاة المذهب وهو صحيح رافع للخلاف يشترط له الدعوى من خصم شرعي غير أن الطريق اليه فيها نظر وذلك لأنه يحتاج فيه الى دعوى صحيحة من خصم شرعي وإلا يكون الحكم على وجه الفتوى ولم يحصل المقصود به من رفع الخلاف لأن القاضي المخالف يطالب الولي ويلزمه بأداء الزكاة الى الفقير. والذى رأيته من القضاة الذين حكموا بسقوطها أنهم كانوا يسلكون طريقا وهي أنه كان يحضر عند القاضي ولي اليتيم ومعه فقير فيدعى الفقير على ولي اليتيم أن في يده من مال اليتيم الفلاني كذا وأنه حال عليه الحول وهو فقير ويطالب منه عشرة دراهم مثلا من الزكاة فيجيب الولي بأن المال في يدي وأن هذا اليتيم لم يبلغ بعد وأن الزكاة لا تجب عليه ويسأل من الحاكم الحكم بسقوطها عن اليتيم مادام صغيرا لم يبلغ فيحكم الحاكم بذلك . وعندى أن هذه الدعوى ليست بصحيحة وما ذاك الا لأن الفقير ليس له ولاية الطلب شرعا وليس الحق له وانما هو مصرف للحق الثابت المتعين لجهة الزكاة . قال شمس الأئمة في المبسوط : وانا أنها عبادة لأنها أحد أركان الدين لقوله عليه السلام « بنى الاسلام على خمس » وعد منها الزكاة والمقصود من أصل الدين العبادة ولذلك كانت من أركان الدين وذلك لأن المتصدق يجعل ماله لله تعالى بصرفه الى الفقير ليكون له كفاية من الله قال الله تعالى (ألم يعلموا أن الله هو يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات) وقال تعالى (من ذا الذى يقرض الله قرضاً حسناً) ويجعل المال له خالصاً يكون عبادة خالصة ولهذا يحصل به التطهير . وبهذا تبين أنه ليس فيه حق للعباد لأن الشركة تنافى معنى العبادة . هذه عبارته . وخلاصته أنه جعل الحق لله تعالى وبالدفع الى الفقير يحصل الكفاية والخروج عن العهدة به فكان الفقير مصرفا لا صاحبا للحق واذا لم يكن الفقير صاحب الحق فالدعوى من جهته غير صحيحة . ومما يؤيد هذا ما ذكره الزاهدى في القنية وهو قال : ومن يؤخر الزكاة ليس للفقير أن يطالبه ولا يأخذ ماله بغير علمه ويضمن بالأخذ . وذكر أيضا مما يؤيد هذا في الفتاوى الكبرى للخاصي فقال ولو وجبت الزكاة على غنى وهو لا يؤديها لا يحل للفقير

أن يأخذ من ماله بغير علمه وإن أخذ كان له أن يسترد إن كان قائما وإن كان هالكا يضمن لأن الحق ليس لهذا الفقير بعينه. وقال في المبسوط في موضع آخر في الفرق بين الزكاة والعشر انه مال سبب وجوبه الأرض النامية بالخارج فباعتبار الأصل وهو الأرض النامية مؤونة كما بين في الاصول ومعنى العبادة تابع لأنه باعتبار أن مصرفه الفقير وذكر أيضا في أصل البحر المحيط مثل ما ذكره الخاصي وذكر في الذخيرة قال وكذا لو أخرجت الأرض العشرية طعاما أو استهلكه وضمن مثله دينا في الذمة (١) وذلك قبل حولان الحول على الدراهم ثم تم الحول على الدراهم فليس عليه زكاة فيها لأن هذا دين له مطالب من جهة العباد وهو الامام. وذكر في شرح القدوري الزاهدي دين الزكاة يمنع وجوب الزكاة في الأموال الظاهرة والباطنة سواء كانت الزكاة في العين القائمة أو في الذمة بأن استهلكها عندهما وعند أبي يوسف ان كان في العين يمنع استحسانا وإن كان في الذمة لا يمنع وعند زفر لا يمنع أصلا لأنها عبادة كدين الحج. ولنا أن هذا دين له مطالب من العباد وهو الامام في السوائم ونوابه وهم الملاك في العروض والذهب والدراهم. وذكر في البدائع قال ليس للامام أن يأخذ الزكاة من صاحب المال من غير رأيه جبرا ولو أخذ لا تسقط عنه الزكاة وذكر قبله في البحث مع الشافعي في هلاك مال الزكاة بعد الحول وبعد التمكن من الأداء أنه يسقط عندنا خلافا له واستدل له فقال من جملة كلامه والخلاف ثابت فيما اذا طالبه الفقير أو طالبه الساعي بالأداء فلم يؤد حتى هلك النصاب ثم قال: ولنا أن المالك إما أن يؤاخذ بأصل الواجب أو بضمانه الى أن قال وأما قوله انه منع الحق بعد طلبه فنقول هذا الفقير ما تعين مستحقا لهذا الحق فإن له أن يصرفه الى فقير آخر. وذكر في موضع آخر. قال في دين الزكاة قال ولأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما أن كل دين له ثم مطالب

(١) وجدنا هذه الجملة في جميع النسخ هكذا (ومن كان عليه دينا في الذمة وذلك الخ) والمعنى غير مستقيم فرجعنا الى الذخيرة فوجدناها (ومن كان مثله دينا في الذمة الخ) ولا يستقيم المعنى أيضا وبالبحث والاستقصاء عثرنا على جزء واحد خطي من نسخة أخرى من الذخيرة وفيها العبارة كما اثبتناها هنا

من جهة العباد يمنع وجوب الزكاة . وأما زكاة السوائم فلأنها يطالب بها من جهة السلطان عينا كان أو دينا ولهذا يستحلف اذا أنكر الحول أو أنكر كونه للتجارة وما أشبه ذلك فصار بمنزلة ديون العباد . وأما زكاة مال التجارة فيطالب بها أيضا تقديرا لأن حق الأخذ للسلطان وكان يأخذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر الى زمن عثمان رضى الله عنه فلما كثرت الأموال فى زمانه وعلم أن فى تتبعها زيادة ضرر بأربابها رأى المصلحة فى أن يفوض الأداء الى اربابها باجماع الصحابة رضى الله عنهم وصار أرباب الأموال كالوكلاء عن الامام ألا ترى أنه قال من كان عليه دين فليؤده وليزك ما بقى من ماله[1] وهذا توكيل لأرباب الأموال باخراج الزكاة فلا يبطل حق الامام عن الأخذ ولهذا قال أصحابنا ان الامام اذا علم أن أهل بلدة يتركون أداء الزكاة من الأموال الباطنة فانه يطالبهم بها لكن لو أراد الامام أن يأخذها بنفسه من غير تهمة الترك من أربابها فليس له ذلك لما فيه من مخالفة إجماع الصحابة . بيان ذلك اذا كان لرجل مائتا درهم فلم يؤد زكاتها سنتين فعليه للسنة الأولى وليس عليه للثانية شىء عند أصحابنا . قلت فتحرر لنا من هذا كله أن الفقير ليس له ولاية المطالبة وانما المطالبة للامام فى الأموال الباطنة عند علمه بترك أداء الزكاة من أرباب الأموال . فاذا جاء الفقير فى هذه الصورة فطلب من ولى الصغير زكاة مال الصغير وادعى بذلك عند القاضى فهذه الدعوى غير صحيحة لعدم الولاية له شرعا فبقى حكم القاضى المرتب عليها فتوى وهو لا يرفع الخلاف . ولا يقال ان الفقير هو المستحق للزكاة فكان طلبه طلب صاحب الحق حقه فيقبل لأنا نقول الفقير مستحق بلا شك وما يلزم من الاستحقاق ولاية المطالبة كما قلنا فى مستحق الوقف أنه ليس لهم ولاية دعوى فى أموال الوقف ولا ولاية اجارة ولا مزارعة وانما ذلك للقيم وان كان الريع حقهم[2] ومما يدلنا على فساد هذه الدعوى وان الفقير ليس له مطالبة فى الزكاة

---

(١) فى نسخة من كان عليه زكاة فليؤد وليترك الخ . وفى أخرى من كان عليه دين فليؤد وليترك الخ (٢) هذا هو المشهور الذى عليه الجمهور وقال بعضهم يجوز للموقوف عليه طلب الحق وان لم يكن قيما كذا فى جامع الفصولين

أنه لو جاء الى غنى كبير ورفعه الى القاضى وطالب منه زكاة عن ماله الذى حال عليه الحول وادعى بذلك لديه وأجاب بالغنى والحول وقال ما أعطيه شيئا ما كان يلزمه الحاكم بالدفع ولوكانت الدعوى صحيحة لألزمه لأن المدعى عليه رتبته أن يجبر على ما ادعاه المدعى فى الدعوى الصحيحة فحيث ثبت أنه لا يجبر ولا يلزم علمنا أن الدعوى من الفقير فى الزكاة لا تصح سواء كانت على كبير أو ولى صغير . ومما يؤيد هذا أن مذهبنا فى الزكاة أن الحق لله تعالى والفقير مخلص للخروج عن عهدته بالدفع اليه ولا شك أن الحقوق التى لله تعالى النائب فى قبضها واقامتها هو الامام الأعظم لا غير والزكاة فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانت ولاية قبضها له ثم من بعده لأبى بكر ثم لعمر ثم لعثمان رضى الله عنهم فلما رأى المصلحة فى تفويض زكاة الأموال الباطنة الى أربابها ووافقه الصحابة صار ذلك بولاية الامام لأرباب الأموال فصاروا نوابا عن الامام فى الصرف الى الفقراء فصاروا كأنهم مطالبون ومطالبون فالفقير من أين له مطالبة لا هو نائب عن الامام ولا له المطالبة أصالة بالشرع فتعذر أن تسمع دعواه . وفكرت فى طريق يكون دعوى صحيحة فى هذه المسألة فما رأيت فيها سوى أن الامام يطالب ولى الصغير بأداء الزكاة عند القاضى أو وكيل الامام فيجيب ولى الصغير بأن الزكاة لم تجب بعد عليه لكونه صغيرا و يسأل الولى من القاضى باسقاط الزكاة عن الصغير الى وقت بلوغه وباسقاطها عن ماله أيضا لأجل خلاف الحنابلة فيجيبه الى سؤاله بعد ثبوت الولاية للولى وحصول المال فى يده وحولان الحول عليه وصغر الصغير ويحكم بذلك . هذا الذى ظهر لى من بيان وجه الدعوى فى هذه المسألة على وجه الصحة . وهذه الدعوى تشبه الدعوى فى فسخ الاجارة بالموت فانه يحضر المؤجر و يطالب الأجرة من ورثة المستأجر فيجيبونه بأن الذى ادعاه من الايجار صحيح غير أن مورثنا مات وان الاجارة انفسخت بموته وأن هذا الحق لم يجب علينا فيحكم القاضى بامضاء الفسخ وثم يرتفع الخلاف وصور كثيرة من الفتاوى تحمل على هذا الطريق فان الامام لا شك ان له الولاية الأصلية فى المطالبة فكانت

الدعوى من جهته دعوى من جهة من له الولاية لذلك قسم أما من جهة غيره فلا يمكن لانحصار الولاية فيه وفى نوابه . هذا آخر ما اتفق لى من الكلام على تحرير هذه المسألة ومن فتح عليه بطريق أخرى فى الدعوى فى هذه المسألة وتكون صحيحة من جهة صاحب الولاية شرعا بعد أن يتأمل ما أثبته فى هذه الأسطر وما بينته فى أمر دعوى الفقير فليثبته على الحاشية فانه فائدة جليلة

مسألة

فى زيادة المهر وتحرير كلام الأصحاب فيها وما يشترط لصحتها . ذكر فى البدائع قال وتجوز الزيادة فى المهر اذا تراضيا بها والحط عنه اذا رضيت به . وذكر فى المبسوط تزوجها على مهر مسمى ثم زادها فى المهر بعد العقد ففى قول أبى يوسف الأول ينتصف الزيادة والأصل بالطلاق وفى قوله الآخر لا ينتصف بالطلاق الا المسمى فى العقد خاصة وأما الزيادة بعد العقد فتسقط كلها بالطلاق وهو قول أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما وذكر فى فتاوى قاضيخان قال رجل طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم راجعها وقال لها زدت فى مهرك لم يصح لأنها مجهولة . ولو قال راجعتك بمهر ألف درهم ان قبلت جاز والا فلا لأن هذه زيادة فى المهر تتوقف على قبولها . ولو تزوج امرأة بألف درهم ثم جدد النكاح بألفى درهم اختلفوا فيه ذكر خواهر زاده أن على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا تلزمه الألف الثانية ومهرها ألف درهم وعلى قول أبى يوسف يلزمه الألف الثانية وبعضهم ذكر الخلاف على عكس هذا . ثم قال قاضيخان بعد هذا امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم ان زوجها أقر بين يدى الشهود أن لها عليه كذا وكذا من المهر تكلموا فيه قال أبو الليث يصح اقراره اذا قبلت ويحمل على أنه زادها فى مهرها والزيادة فى المهر بعد هبة المهر جائزة لكن لا بد من القبول لأن الزيادة فى المهر لا تصح من غير قبول المرأة . وذكر فى الفتاوى الظهيرية المطلقة الرجعية اذا قال لها زوجها زدت فى مهرك لم يصح لأنها مجهولة ولو قال راجعتك بمهر ألف درهم ان

قبلت جاز والا فلا لأنه زيادة في المهر فيتوقف على قبولها وهل يشترط القبول في المجلس الأصح أنه يشترط وذكر قبيله ما نقلناه عن فتاوى قاضيخان بعبارته فلا نعيده . وذكر في البحر المحيط قال الزيادة في المهر صحيحة حال قيام النكاح عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزفر والخلاف فيه نظير الخلاف في الزيادة في الثمن هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرحه . وفي المنتقى عن أبي يوسف أن الزيادة في المهر جائزة عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف لا يجوز وقبول المرأة الزيادة في المهر شرط صحة الزيادة . وفي فتاوى أبي الليث أن الزيادة في المهر بعد هبة المهر صحيحة وفيما ذكره شيخ الاسلام أن الزيادة في المهر بعد الفرقة باطلة وهكذا روى بشر عن أبي يوسف وصورة ما رواه بشر قال اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها أو بعده ثم زادها في المهر لم تصح الزيادة وفي القدوري ان الزيادة في المهر بعد موت المرأة جائزة عند أبي حنيفة وقبول هذه الزيادة الى ورثتها وعندهما لا يجوز . وفي فتاوى أبي الليث امرأة اذا وهبت مهرها من زوجها ثم ان الزوج بعد ذلك أشهد أن لها عليه كذا وكذا من المهر تكلموا فيه واختار الفقيه أبو الليث أنه يجوز اقراره . وذكر حسام الأئمة في طلاق واقعاته قول أبي الليث الا أنه شرط قبول المرأة ثم قال والمعتبر عندنا قبول المرأة لأن الزيادة في المهر لا تصح الا بقبول المرأة ولم يذكر أنه هل يشترط القبول في المجلس أم يصح القبول بعد المجلس وقد كتبت في الفصل الحادي عشر من البيوع ان قبول الزيادة في الثمن في المجلس ولو لم يقبل حتى افترقا بطلت فقياس ذلك أن تكون الزيادة في المهر كذلك وهكذا ذكر في فصول المهر من جمع التفاريق فقال واذا قبل يعني النكاح من الايجاب والقبول فهو زيادة ان قبلت جاز ثم قال وروي في المجلس .

ثم ذكر بعد هذا في البحر المحيط أيضاً قال وتتأكد الزيادة إما بالدخول بها أو بالخلوة الصحيحة أو بموت أحدهما حتى لو وقعت الفرقة بينهما قبل وجود واحد من هذه الأشياء بطلت الزيادة ويتنصف الأصل دون الزيادة هذه عبارة البحر المحيط . وذكر في فتاوى الخاصي لو زاد في مهرها بعد هبة المهر جازت الزيادة اذا

قلت وانما شرطنا قبول المرأة الزيادة لأن الزيادة في المهر لا تصح الا بقبول المرأة وذكر في القنية قال في باب الزيادة في المهر (ط) (١) الزيادة في المهر بعد هبة المهر تصح . (فخ) (٢) قال بعد الهبة جعلت ألف درهم مهرك لا يلزم (نم) (٣) جدد الحال نكاحها بمهر يلزم ان جدده لأجل الزيادة لا احتياطاً (عك) (٤) ابرئيني فان أمهرك مهراً جديداً فابرأته فجدد لها مهراً مع الخل يبرأ من الأول ويجب الجديد (خج) (٥) وهبت أو أبرأت ثم جدد بمهر فعلى قياس قول أبي حنيفة ومحمد يثبت خلافاً لأبي يوسف وقيل بالاتفاق لا يثبت الثاني بعد الابراء وانما الاختلاف فيه حال قيام المهر والأصح انه مختلف (شك حم) (٦) لا يثبت الثاني . وذكر في اختلاف الفقهاء للطحاوي قال قال أصحابنا الزيادة في الصداق بعد النكاح جائزة وهي ثابتة ان دخل بها أو مات عنها وان طلقها قبل الدخول بطلت الزيادة وكان لها نصف المسمى في العقد وقال زفر والشافعي الزيادة بمنزلة الهبة ان قبضتها جازت وان لم تقبضها بطلت وقال مالك تصح الزيادة فان طلقها قبل الدخول بطلت الزيادة وكان لها ان ترجع بنصف ما زادها وان مات عنها قبل أن تقبض فلا شيء لها منه لأنها هبة لم تقبض . قلت فتحرر لنا من هذه النقول أن الزيادة في المهر صحيحة بشرط القبول لها من المرأة في مجلس الزيادة وهذا هو الأصح وسواء كانت الزيادة من جنس المهر أو من غير جنسه واذا صحت التحقت بالمهر وبقيت مع الاصل كأنه وقع العقد عليها إلا أنه ان طلقها قبل الدخول بها سقطت الزيادة ولا تنتصف مع الأصل عند أصحابنا ولا يشترط في الزيادة لفظ الزيادة بل تصح بلفظ الزيادة وبقوله زوجتك بكذا إن قبلت ذلك منه يكون زيادة وان لم يكن بلفظ زدتك كذا في مهرك وكذا تصح الزيادة بالتجديد للحلال النكاح وان لم يكن بلفظ الزيادة وكما لو أقر لزوجته بمهر وقد وهبته له فانه يصح وان لم يكن بلفظ الزيادة لكن لابد من القبول في مجلس الاقرار

(١) هذه رموز القنية لمن نقل عنهم ومراده من ط المحيط (٢) فتاوى شمس ... (٣) نجم الائمة البخاري (٤) عين الائمة الكرابيسي (٥) الجندي (٦) أبو حامد

وكذا لا يشترط بقاء المهر في ذمة الزوج لصحة الزيادة بل تجوز وإن كانت أبرأته أو وهبته له وكذا لا يشترط قيام النكاح حالة الزيادة على قول أبي حنيفة فيما ذكره القدوري عنه خلافاً لهما . لكن القدوري ذكر صورة الموت فقال الزيادة في المهر بعد موت المرأة جائزة عند أبي حنيفة وقبول هذه الزيادة الى ورثتها وعندهما لا تجوز ولم يذكر الزيادة بعد الطلاق البائن وانقضاء العدة في الرجعي والظاهر أنه يجوز عنده أيضاً قياساً على حالة الموت بل بالطريق الأولى لأن بالموت انقطع النكاح وفاته محل التمليك وبعد الطلاق المحل قابل وقد ثبت لنا ذلك عنه في الموت ففي الطلاق أولى . وما ذكره في البحر المحيط عن أبي يوسف من رواية بشر عنه يحمل على أنه قول أبي يوسف وحده لا على قول أبي حنيفة لأن أبا يوسف خالفه في الزيادة بعد موت المرأة فيكون قد مشى على أصله ولم ينقل عن الأمام في الزيادة بعد الطلاق البائن شيء فيحمل الجواب فيه على ما نقل عنه في الزيادة بعد موتها تخريجاً لكل من الجوابين على أصل الأمام وأصل أبي يوسف وكذا نقول لا يشترط لصحة الزيادة بلوغ المرأة بل تصح إذا كانت صغيرة والقبول الى الولي كما في سائر العقود ولأنه تصرف فيه مصلحة للصغيرة فيصح اللهم إلا أن يقال انه لا تصح الزيادة إذا كانت صغيرة لا تعقل لأن شرطها القبول والصغيرة ليست من أهل القبول ولا يكون قبول الولي كافيا لما قاله صاحب البدائع في مسألة الكفالة الصغيرة . وصورة ما ذكره في الكفالة قال في الذي يرجع الى المكفول له ومنها وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل لأنهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب فليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله . هذه عبارته . وهذا البحث موجود بعينه في حق الزيادة في مهر الصغيرة التي لا تعقل . والذي يظهر لي أنه سهو وقع من صاحب البدائع في الكفالة فلا يعتمد عليه لأنه مخالف لأقوال أهل العلم وخصوصاً لمذهبنا وقد تكلمنا عليه في كتابنا (الاختلافات الواقعة في المصنفات) فلا يلتفت الى

هذا البحث فى هذه المسألة أيضا

والحط من المهر يصح عندنا لأنه حقها والحط يلاقيه فيصح ولكن لايشترط لصحته القبول فى المجلس كما يشترط فى الزيادة لأنه ابراء أو تمليك وأياما كان فلا يحتاج الى القبول . لكن الظاهر أنه يرتد بالرد كهبة الدين ممن عليه الدين اذا رده ولم أر فيه نقلا صريحا . ثم الزيادة تتأكد بأحد ثلاثة أشياء كما ذكرنا فيما تقدم من الدخول والخلوة الصحيحة احترازا عن الفاسدة فانها لا تؤكدها ـ وتسقط بالفرقة قبل الدخول أو موت أحدهما كما قلت فى تأكيد كل المسمى بالموت قبل الدخول لأنه مسمى لاقطع فى وقعت الفرقة قبل وجود واحد من هذه الأشياء الثلاثة أى ان وقعت الفرقة قبل الدخول تسقط أو وقعت قبل الخلوة تسقط أو وقعت بموت أحدهما قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة ومن هذه الثلاثة من رابع فيما علمت والله أعلم

مسألة

فى تزويج الصغار والصغائر ومن له الولاية عليهما فى ذلك وبيان ما يشترط لولاية القاضى وهل اذا باشر القاضى عقد صغير أو صغيرة بنفسه هل يكون ذلك حكما منه بحيث انه لايجوز لمخالف أن يفسخ النكاح أم لا وهى مسألة فعل القاضى هل يكون حكما أم لا .

ذكر فى التنويرة قال الفصل الخامس فى معرفة الأولياء . يجب أن يعلم بأن الولى من كان من أهل الميراث وهو عاقل بالغ حتى لاتثبت الولاية للصبى والمجنون ولا تثبت الولاية للكافر على المسلم ولا للمسلم على الكافر ولا تثبت الولاية للعبد . وبعد هذا يحتاج الى معرفة ترتيبهم فنقول . أقرب الأولياء الى المرأة الابن ثم ابن الابن وان سفل ثم الأب ثم الجد أبو الأب وان علا ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب وان سفلوا ثم العم لأب وأم ثم العم لأب ثم ابن العم لأب وأم ثم ابن العم لأب وان سفلوا ثم عم

الأب لأب وأم ثم عم الأب لأب ثم بنوهم على هذا الترتيب ثم رجل هو أبعد العصبات إلى المرأة وهو ابن عم بعيد ثم مولى العتاقة ثم الام ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو استحسان . والأم والخال وسائر ذوي الأرحام تزويج الصغير والصغيرة عند أبي حنيفة عند عدم العصبات خلافاً لمحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات والكرخي ذكره مع محمد والأصح أنه مع أبي حنيفة رضي الله عنهما ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغار والصغائر في عهده واذا لم يشترط فلا ولاية له .

وانما يحتاج الولي في الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة واذا زال الصغر والجنون تزول الولاية عندنا . وان زوج الصغير والصغيرة أبعد الأولياء فان كان الأقرب حاضراً وهو من أهل الولاية توقف نكاح الأبعد على اجازته وان لم يكن من أهل الولاية بأن كان صغيراً أو كبيراً مجنوناً جاز وان كان الأقرب غائباً غيبة منقطعة جاز نكاح الأبعد . وتكلموا في حد الغيبة المنقطعة وأكثر المشايخ الكلام فيها وكذلك اختلفت الروايات فيها والأصح أنه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفء الذي حضر فالغيبة منقطعة ومن المشايخ من يجاور وقال لا بد من حد فصل بينهما وقدر ذلك بثلاثة أيام ولياليها وهو قول أبي عصمة المروزي ومحمد بن مقاتل الرازي ونصر البلخي على قولهما ثلاثة أيام ولياليها وهكذا كان يفتي القاضي ركن الاسلام علي السغدي وكان يقول اذا زوج الولي الأبعد ولا يعرف أين الولي الأقرب يجوز وان ظهر أنه في ذلك المصر . والرجل الذي يعول الصغير والصغيرة لا ولاية له في انكاحهما . وكذلك الوصي لا ولاية له في الانكاح سواء أوصى اليه الأب بالنكاح أو لم يوص الا اذا كان الوصي وليهما فحينئذ يملك الانكاح بحكم الولاية . واذا زوج الصغيرة غير الأب والجد ثم بلغت فلها الخيار عند أبي حنيفة ومحمد . ولو زوجها أمها أو القاضي وبلغت فلها الخيار عند أبي حنيفة على أصح الروايتين وهي معروفة . وكما ذكرت خيار البلوغ للأنثى يثبت

الذكر ولا تكون الفرقة فيه الا بقضاء القاضي . وتبطل هذه الخيارات في حالتها بالسكوت اذا كانت بكرا ولا يمتد الى آخر المجلس حتى لو سكتت كما بلغت وهي بكر يبطل خيارها . وان كانت ثيبا في الأصل أو كانت بكرا الا أن الزوج قد دخل بها ثم بلغت عند الزوج لا يبطل خيارها بالسكوت ولا قيامها عن المجلس وانما يبطل خيارها اذا رضيت بالنكاح صريحا أو يوجد منها فعل يدل على الرضا وذلك نحو التمكين من الجماع وطلب النفقة وما أشبه ذلك . واذا زوج القاضي صغيرة لا ولي لها ولم يكن السلطان أذن للقاضي في تزويج الصغار ثم أذن له في ذلك وأجاز ذلك النكاح لم يجز وان كان قد أذن له قبل التزويج فزوج جاز . سئل الاوزجندي عن صغيرة لها أخ لا يزوجها فزوجها القاضي بغير أمر الأخ قال لا يصح النكاح الا اذا كان الأخ عضلا أو غائبا فحينئذ يجوز .

والأب والجد اذا زوج الصغير امرأة بأكثر من مهر مثلها أو زوج الصغيرة بأقل من مهر مثلها ان كانت الزيادة والنقصان بحيث يتغابن الناس في مثلها يجوز بالاتفاق وكذلك الجواب في غير الأب والجد من سائر الأولياء . ولو كان فاحشا لا يتغابن الناس في مثلها من الأب والجد قال أبو حنيفة صح النكاح وصح الحط والزيادة وقالا لا يجوز ولم يبينا أنه لا يجوز النكاح أو التسمية فروى الحسن عن أبي يوسف أن النكاح جائز والتسمية لا تجوز . وذكر هشام عن محمد رحمه الله أن النكاح جائز وفي الجامع الصغير عنهما أن النكاح لا يجوز وأجمعوا على أن غير الأب والجد لو زاد أو نقص بحيث لا يتغابن الناس فيه أنه لا يجوز النكاح حتى لو أجاز بعد البلوغ لا تعمل اجازته .

واذا جن الولي جنونا مطبقا تزول ولايته فان كان يجن ويفيق لا تزول ولايته وينفذ تصرفه في حالة الافاقة . وذكر في الأصل أنه اذا أنكح الوالد الصغير والصغيرة فذلك جائز عليهما وكذلك سائر الأولياء . واذا اجتمع في الصغير أخوان لأب وأم فأيهما زوجه جاز عندنا ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا عليه وان كان أحدهما لأب وأم والآخر لأب فعندنا الأخ من الأب والأم أولى

بالتزويج وعلى قول زفر يستويان . ثم أولى الأولياء في الصغيرة أبوها ثم الجد أبو الأب بعده وهو قائم مقامه في ظاهر الرواية ثم بعد الأجداد من قبل الآباء وأن علوا الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب ثم العم لأب وأم ثم لأب ثم ابن العم لأب وأم ثم لأب . ومولى العتاقة تثبت له الولاية اذا لم يكن هناك أحد من القرابة. وأما ذوو الأرحام كالأخوال والخالات والعمات فعلى قول أبي حنيفة تثبت لهم ولاية التزويج عند عدم العصبات. ومولى الموالاة له ولاية التزويج للصغير والصغيرة اذا لم يكن لهما قريب هذا عند أبي حنيفة وليس له ولاية عند محمد . ولا ولاية للأب الكافر والمملوك على الصغير والصغيرة اذا كان حرا مسلما لأن اختلاف الدين يقطع التوارث فكذا يقطع الولاية. وأما الكافر فيثبت له ولاية التزويج على ولده الكافر كما يثبت للمسلم . ولو زوج الأب ابنته الصغيرة ممن لا يكافئها أو زوج ابنه الصغير امرأة ليست بكفء جاز عند أبي حنيفة استحسانا ولم يجز عندهما . واذا أقر الولي على الصغير أو الصغيرة بالنكاح لم يثبت النكاح باقراره ما لم يشهد به شاهدان عند أبي حنيفة وعندهما يثبت النكاح باقراره . وينبني على هذا الخلاف فيما اذا أقر الولي عليهما ثم أدركا فكذباه وأقام المدعي عليهما بعد البلوغ شاهدين باقرار الولي بالنكاح في الصغر . واذا كان للصغيرة وليان فزوج كل واحد منهما رجلا فلم يعلم أيهما أول جاز نكاح الأول منهما . واذا تزوج الصغير امرأة فأجاز ذلك وليه جاز عندنا لأن الصبي العاقل من أهل العبارة عندنا وعلى هذا الصغيرة أيضاً لو زوجت نفسها فأجاز الولي ذلك فانه يجوز . وذكر في البحر المحيط اذا كان للصغير أبوان بأن ادعيا ولد جارية بينهما فانه ينفرد كل واحد منهما بالتزويج ولا خيار للصغير اذا بلغ بخلاف التصرف في ماله فيما له مع بعد فانه لا ينفرد واحد منهما بذلك على قول أبي حنيفة ومحمد . وذكر في المنتقى قال محمد اذا كان للصغيرة والد أو جد لم يزوجها القاضي. وان كان الأب فاسدا أو الجد ينبغي أن يزوجها من الكفء. واذا كان للصغيرة أب امتنع من تزويجها لا تنتقل الولاية الى الجد بل يزوجها

القاضي . وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة أنه قال للوصي ولاية التزويج قلت ولا يشترط على هذه الرواية عن أبي حنيفة أن يكون الأب قد نص في الوصاية على التزويج . سئل شيخ الاسلام عن رجل غاب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة زوجها أختها لأب وأم أو لأب والأم حاضرة قال ان لم يكن لها عصبة أولى من الأخت جاز النكاح قيل له ألا تكون الأم أولى من الأخت قال لا لأن الأخت لأب وأم أو لأب من قوم الأب والنساء اللواتي من قوم الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا وهن الأخت والعمة وبنت الأخ وبنت العم وأما الأم والنساء اللواتي من قبل الأم فلهن ولاية التزويج عند أبي حنيفة وعند محمد لا ولاية لهن

امرأة اذا اختارت الفسخ . يقول القاضي للزوج فرقها فان فارقها والا فالولي يفرق بينهما . وصورة التفريق أن يقول القاضي فسخت هذا العقد بين هذه المدعية وبين هذا المدعى عليه بسبب خيار البلوغ بينهما . ولو قال حكمت بينهما وفرقت بينهما يجوز ولكن الأحوط أن يقول فسخت هذا العقد بينهما لأن محمداً ذكر في الكتاب لفظ الفسخ

غير الأب والجد اذا زوج الصغيرة فالاحتياط أن يعقد مرتين مرة بمهر مسمى ومرة بغير تسمية لأمرين أحدهما ان كان في التسمية نقصان لا يصح النكاح الأول فيصح النكاح الثاني بمهر المثل والثاني ان الزوج لو كان حلف بطلاق امرأة يتزوجها بلفظ ان أو بلفظ كل امرأة يتزوجها فهي طالق فاذا زوجها ينحل اليمين بالنكاح الأول ويقع الطلاق وتحل بالنكاح الثاني ويحل له وطؤها . وان كان الأب والجد زوجها فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد للمعنيين جميعاً وعند أبي حنيفة للمعنى الثاني . وذكر قاضيخان في الفتاوى اذا اجتمع الجد الفاسد والأخت فعند أبي حنيفة الولاية للجد . ومادام للصغير قريب فالقاضي ليس بولي في قول أبي حنيفة وعند صاحبيه مادام له عصبة . والوصي ليس له ولاية وروى هشام عن أبي حنيفة ان أوصى اليه الأب جاز له تزويج الصغير

والصغيرة . والوليان مستويان اذا زوجا متعاقبا جاز الأول دون الثاني . ولو زوج كل منهما من رجل في وقت معاً ولا يعرف الأول أيهما بطل العقدان . وذكر في تتمة الفتاوى : لو زوج القاضي الصغيرة من ابنه كان باطلا . واذا لم يشترط في تقليد القاضي تزويج الصغار فزوج ثم أجاز السلطان ذلك فانه لا يصح ويكون فاسداً. وذكر في الملتقى : قال أبو يوسف رجل زوج ابنته صغيرة من غائب ثم مات الأب وبلغ الغائب فأجاز فهو جائز في قول . وتخصيص قوله لمكان الخلاف المعروف في توقف شرط العقد بلا قبول . أما موت الأب قبل الاجازة يجب الا يبطل النكاح عندهم جميعاً

القاضي اذا زوج الصغيرة ولم يكن السلطان أمره بذلك ثم أمره فأجاز ذلك النكاح قيل لا يجوز والصحيح أنه يجوز (1) رجل زوج ابنته الصغيرة من صبي له طاقة النفقة وليس له طاقة المهر فقبل الأب النكاح وهو غني جاز لأنه يعد غنيا بغنى الأب في حق المهر دون النفقة

قلت تحرر لنا من هذا كله أن تزويج الصغار والصغائر جائز عندنا بلا خلاف بين الأصحاب لكن وقع الاختلاف في ترتيب بعض الأولياء على بعض كالجد مع الأخت . وكذا وقع في جواب شيخ الاسلام أن الأخت لأب وأم مقدمة على الأم وكذا بقية النساء اللواتي من قبل الأب وأخرجه على وجه الرواية والنقل لا على وجه الاختيار وهي مسألة دوارة ذكرها في التتمة وفي البحر المحيط وفي الذخيرة وفي الغاية شرح السروجي على الهداية وهي في الظاهر مخالفة لبقية الكتب والترتيب الأصحاب للأولياء ثم وجدناه يذكر الأم بعد مولى الموالاة ثم ذكروا بعدها ذوي الأرحام كما ذكرنا عن الذخيرة . والذي يظهر لي أن شيخ الاسلام تفقه في هذا من غير أن يظفر برواية أن الأخت لأب وأم أو لأب والعمة وبنت الأخ وبنت العم يقدمن على الأم في التزويج . وذلك لأن صورة المنقول عنه في مجموع النوازل أنه سئل عن رجل غاب غيبة منقطعة وله بنت صغيرة فزوجتها

(1) وفي نسخة قيل لا يجوز والصحيح أنه لا يجوز وفي أخرى والصحيح أنه لا يجوز

أختهم لأب وأم أو لأب والأم حاضرة فأجاب إن لم يكن لها عصبة أقرب من الأخت جاز النكاح . قيل له ألا تكون الأم أولى من الأخت قال لا لأن الأخت لأب وأم أو لأب من قوم الأب والنساء اللواتى من قوم الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا وهن الأخت والعمة وبنت الأخ وبنت العم هذه عبارته . فقوله فى الجواب لما قيل له ألا تكون الأم أولى من الأخت قال لا لأن الأخت لأب وأم من قوم الأب . هذا تقدمه . ثم قوله والنساء اللواتى من قوم الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات بإجماع بين أصحابنا هذا نقل المذهب فنقله موفى هذا المنقول واستنبط منه أن يكون من ذكرهن من النساء من قوم الأب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات وما يلزم منه التقديم على الأم حتى يحصل الجمع بينه وبين من عدمن الأولياء على الترتيب بهم . فالأم لاشك أن لها الولاية عند عدم العصبات عرف بالرواية عن الأصحاب كما عرف هذا بالرواية عنهم أيضاً . فصار معنا روايتان رواية الأخت ومن معها ورواية الأم وكانا الروايتين يطلبن من الأم لها الولاية عند عدم العصبات فظهر بعد ذلك موجب ما الأم تستحق التقديم على الأخت بكونها مرتبة ثم وهى لا تقتضي التخالف بل يكون التى دخلت عليه مرتبا على ما تقدم من غير أن يتخلل بينهما شىء آخر كما فى الأب مع الجد والأخ مع العم وهى أقرب من الأخت وهذه الولاية دائرة مع القرب حتى جعلوا الأخ من الأبوين أقرب من الأخ الذى من الأب وجعلوا الجد الفاسد أولى من الأخت والأم أولى عند أبى حنيفة على ما قاله قاضيخان فى فتاويه فإذا كان الجد الفاسد أولى من الأخت فالأم أولى بطريق الأولى

ومما يدل على أن ما قاله شيخ الإسلام ليس بصحيح أنه عد مع الأخت العمة وبنت العم وهؤلاء من ذوى الأرحام وولاية ذوى الأرحام مختلف فيها . وهو قال بإجماع بين أصحابنا وهذا ظاهر التخلل عليه ولاشك أن الأم مقدمة على ذوى الأرحام بلا خلاف . وهو قال أن العمة وبنت العم وبنت الأخ يقدمن عليها وليس الأمر كما ذكر فيحمل ما نقله عن الأصحاب من قولهم أن لهن ولاية

عند عدم العصبات اذا لم يكن للصغيرة أم أيضاً لما ذكر . ولنا أن نقول أن الأم عصبة بدليل أنها تحوز جميع الميراث في ولد الملاعنة وولد الزنا وأصحابنا قد جعلوها من العصبات في الجملة حتى قالوا قوله عليه السلام (النكاح الى العصبات) يتناول الأم لأنها عصبة في الجملة بدليل أن ولد الملاعنة ترث منه الأم كل المال وكذا ولد الزنا . هذه عبارة الأصحاب في كتبهم. فما قاله شيخ الاسلام من قوله ان ولاية التزويج عند عدم العصبات أي وعند عدم الأم أيضاً لأن لفظ العصبات يتناولها

فالحاصل أن الذي يجب أن يقال في هذه المسألة أن الأم متقدمة على الأخت ومن ذكر معها ولا يلتفت الى ما قاله شيخ الاسلام لانه تفقه في مقابلة الرواية المنقولة في الترتيب أو يحمل على ما ذكرنا آخرا

وأما مسألة العضل فاني استنبطت فيها حكماً لم أسبق اليه فيما علمته وهو فائدة جليلة وهو أن الولي الأقرب اذا عضل عن تزويج الصغيرة ورفعت القضية الى القاضي واستوفى الشرائط وزوج هل يكون تزويج القاضي بطريق النيابة عن الولي العاضل باذن الشرع أم بما للقاضي من الاذن بتزويج الصغائر . ويترتب على هذا البحث ان القاضي اذا لم يكن مأذوناً له في تزويج الصغائر هل له أن يزوج في هذه الصورة ويكون تزويجه بطريق النيابة عن العاضل باذن الشرع لا بغيره . وأخذت ذلك من قول الأصحاب : ان العاضل ظالم ولو القاضي يكف يد الظالم ومن قولهم في اللعان ان الزوج اذا امتنع من التطليق ناب القاضي منابه دفعاً للظلم وقال في الهداية لأن فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين، وقال في العنين لان فعل القاضي أضيف الى الزوج فكأنما طلقها بنفسه ومن قولهم ان الولي الأقرب اذا امتنع من التزويج لا تنتقل الولاية الى الأبعد بل القاضي يزوج كما للظلم فلو قلنا ان قولهم القاضي يزوج يعني أن كان مشروطاً له تزويج الصغائر لكان تناقضا لأنهم صرحوا بانه لا تنتقل الولاية الى الأبعد ولا شك ان القاضي المأذون له ولي أبعد فيناقض الكلام واذا حملناه على ما قلناه لا يبقى فيه تناقض فيتعين أن يقال

ان تزويج القاضي فى هذه الصورة بطريق النيابة عن العاضل باذن الشرع لا بالولاية الثابتة له من السلطان فى تزويج الصغائر والله أعلم

وأما مسألة الوصي فظاهر المذهب أنه لا يملك سواء أوصى اليه بذلك أم لا ورواية هشام عن أبي حنيفة أنه يملك التزويج ان أوصى اليه بذلك والظاهر أنه يكون مقدما على الجد وجميع الأولياء لقيامه مقام الأب . ومن أصلنا أن وصي الأب فى المال مقدم على الجد فكذا فى الولاية وما ذكر فى البحر المحيط من قوله فى المسألة: قلت ولا يشترط على هذه الرواية ان يكون الاب قد نص فى الوصاية على التزويج: لم نعرفه فى غيره وفيه نظر لأنه تفقه فيما نقل من رواية هشام وبقية الأصحاب نقلوها أنه ان أوصى اليه بذلك من غير اطلاق وما أطلقها أحد غير صاحب البحر وما ذكره غيره أولى لأنه حمل المطلق على المقيد وهو اعمال لكل من النقلين وعلى ما قاله الغاء للتقييد والاعمال بقدر الامكان أولى من الالغاء .

وأما ولاية تزويج القاضي فلا خلاف بين الاصحاب أن القاضي لا يملك تزويج الصغار والصغائر الا ان اذن له السلطان فى تقليده فاذا لم يأذن له لا يملك ذلك ولا يجوز له تزويجهم وغلط بعض المفتين فى زماننا وقال الفقيه الحنفي يملك ذلك عملا بأن المذهب أنه يجوز تزويج الصغار والصغائر وجاء الى وسألني عن ذلك وانه أمر أشكل عليه وما كان يعلم فى القاضي ذلك فبينت له وجهه وعرفته النقل ففهم ورجع . وبلغني أيضا عن قاضي القضاة صدر الدين البصروي الحنفي أنه قال لما ولاني السلطان القضاء بدمشق طلبت منه ان يشافهني بالاذن فى تزويج الصغار والصغائر وكان يقول هذا هو الفقه انه لا بد ان يكون مشافهة من السلطان وليس كما زعم بل ذكره فى تقليده يكفي ولم يشترطوا تلقي منه مشافهة ولكن لو قيل بانه أحسن لكان له وجه

ثم الولاية التي يملكها القاضي فى تزويج الصغار والصغائر هي ولاية مرتبة مؤخرة عن جميع العصبات والاقارب من ذوي الارحام — ولا يشترط المحرمية فى قرابة ذوي الارحام هنا حتى كان لابن العم وبنت العم وهذا التأخير عند أبي حنيفة

وفي أكثر الروايات عن أبي يوسف (1) . فإذا طلب من القاضي الحنفي الشروط في تقليده تزويج الصغار والصغائر فذلك يكشف عن أمر الأولياء والعصبات وذوي الأرحام فإذا ثبت عنده عضل الأولياء نظر في أمر الكفاءة ومهر المثل فإذا ثبت ذلك لديه عقد النكاح وزوج . والأولى له أن يعقد مرتين كما نقلناه عن الأصحاب مرة بمهر مسمى ومرة بغير تسمية لأنه الأحوط للأمرين اللذين ذكرناهما عن البحر المحيط وقاضيخان وما رأيت أحدا ذكر هذا والذي يظهر عندي أنه إنما قيل هذا إذا كان مهر المثل لم يظهر عند العاقد . أما إذا ظهر وشهد به أو علم العاقد فلا فائدة في إعادة العقد ثانيا الآن يقال لأجل الأمر الثاني وهو أنه يحتمل أن يكون قال الزوج إن تزوجت امرأة فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق فتنحل اليمين بالنكاح الأول ويحل لها وطؤها بالنكاح الثاني . ثم بعد هذا نقول هل هذا العقد الذي عقده القاضي الحنفي المشروط له تزويج الصغار في تقليده بمنزلة حكمه حتى لا يجوز للشافعي ولمن خالفه أن يبطله أم لا . اعلموا رحمكم الله أني تدبرت هذه المسألة زمانا فلم أجد فيها نقلا صريحا وبقيت أميل إلى أنه بمنزلة الحكم وأنه لا يجوز لأحد نقضه وجمعت مسائل تشهد لما قلته من أن فعل القاضي بمنزلة قوله وحكمه وهي هذه : المسألة الأولى : قال في التتمة إذا زوج القاضي الصغيرة من ابنه كان باطلا : المسألة الثانية : ذكر في الأصل قال إذا حضر الورثة وطلبوا من القاضي القسمة وفيهم وارث غائب أو صغير والتركة عقار قال أبو حنيفة لا أقسم بينهم بإقرارهم حتى يقيموا البينة على الموت والمواريث وقال أبو يوسف ومحمد أقسم ذلك بإقرارهم . فأبو حنيفة قال لا أقسم بقولهم ولا أقضي على الغائب والصغير بقولهم لأن قسمة القاضي قضاء منه . المسألة الثالثة . ذكر في الأحكام في الفتاوى عن المنتقى . قاض باع مال يتيم أو أودعه أو باعه أمينه وهو يعلم ذلك ثم مات القاضي واستقضي غيره فشهد قوم عنده أنهم سمعوا القاضي الأول يقول بعت فلانا مال اليتيم بكذا يقبل ويؤخذ المشتري بالمال

(1) كذا في أكثر النسخ . وفي بعضها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وفي أكثر الروايات الخ

وكذلك الوديعة وان لم يكن الأول أشهدهم أنه قضى بذلك قضا وصلت الى العمل في هذه المسألة نظرت في التتمة في الفتاوى فوجدته قد ذكر المسألة كما نقلناها وهي اذا زوج القاضي الصغيرة من ابنه كان باطلا في كتاب النكاح قال يأتي الكلام عليه في البيوع قبل مسائل العيب فنظرت في البيوع فرأيت ما صورته. القاضي اذا باع مال اليتيم من نفسه لايجوز لأن بيع القاضي يكون على وجه الحكم وحكمه لنفسه لا يجوز ولو اشترى من وصي اليتيم يجوز وان كان هذا القاضي جعله وصياً والذي يؤكد هذا أن القاضي لو زوج الصغيرة من ابنه كان باطلا . ومسألة بيع القاضي مال اليتيم في السير الكبير عن محمد قال أبو العباس الناطفي في الأجناس وماذكر محمد في السير الكبير من عدم جواز البيع اذا باع القاضي مال اليتيم من نفسه محمول على قوله . أما على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجوز كما يجوز في الوصي . والصحيح أن ما ذكر في السير الكبير قول الكل لأن بيع القاضي في مال اليتيم يقع على وجه الحكم . ألا ترى أنه لايلزمه العهدة فلو جاز بيعه مال اليتيم من نفسه كان هذا منه حكما لنفسه والانسان لايصلح حاكما لنفسه بخلاف بيع الوصي لأنه لايقع على وجه الحكم . هذه عبارة التتمة فانكشف بحمد الله ما كان ملتبساً ووافق النقل ما كان في الخاطر وماجنح اليه الذهن في أول الأمر ولله الحمد . وذكر قاضيخان في الفتاوى في البيوع قال لايجوز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه ولا بيع ماله من اليتيم لأن بيع القاضي قضاء وانه لايصلح قاضياً لنفسه ولهذا لو زوج اليتيمة من نفسه لايجوز . فقد صرح أن فعل القاضي حكم كما ذكر في التتمة وذكر في منية المفتي في البيوع. بيع القاضي مال اليتيم من نفسه أوماله من اليتيم لايجوز كحكمه لنفسه فليعلم ذلك وليحتفظ به فانه فائدة جليلة . فاذا عقد القاضي الحنفي عقد صغير أوصغيرة ليس لهما ولي غير القاضي وللقاضي ولاية التزويج كان عقده حكما فليس لغيره أن يبطله ولايتعرض اليه وحينئذ لا يجوز للقاضي أن يزوج الصغيرة من ابنه ولا من أبيه ولا ممن لا يجوز له حكمه لأن فعله حكم . بقي لنا أن من أذن له القاضي في تزويج الصغار والصغائر وزوج هل يكون حكمه حكم

تزويج القاضي ؟ الظاهر أن حكمه مثل تزويج القاضي أعني أنه يقع أيضا على وجه الحكم وليس المخالف أن يبطله لأنه نائب عن القاضي ولهذا لايستفيد هذه الولاية الا باذن القاضي فصار بمنزلة نائبه المستقل في جميع الأحكام . وهل يملك القاضي المأذون له في تزويج الصغار الأذن بذلك وان لم يكن السلطان أذن له في الاذن لغيره بمنزلة الاستخلاف أم لا ؟ الظاهر أنه يملكه ان كان في تقليده الاذن له في الاستخلاف مطلقا لأنه استخلاف أيضا فيدخل تحته وان كان السلطان أذن له في تزويج الصغار ولم يأذن له في الاستخلاف ينبغي ألا يملك الاذن لغيره في تزويج الصغار كما لايملك الاستنابة مالم يأذن له السلطان فيها ولو أذن له في الاستخلاف ولم يأذن له في تزويج الصغار هل يملك الاذن في تزويج الصغار ؟ لايملك لأنه ليس له تزويج الصغار بنفسه فليس له الاذن وهذا ظاهر . وهل اذا مات القاضي أو عزل تبقى الولاية للمأذون له أم تبطل وهل يفترق الحال بين العزل والموت أم لا ؟ الظاهر أنه اذا مات القاضي أو ترك القاضي القضاء من نفسه تنزها من غير عزل من السلطان أنه لا يبطل الاذن بمأذون له لأنه نائبه والحكم أن القاضي اذا مات لاتنعزل نوابه والترك بنفسه كذلك . بقي العزل اذا عزله السلطان هل تنعزل نوابه أم لا ؟ ذكر في الخلاصة أن السلطان اذا عزل القاضي انعزل نوابه بخلاف موت القاضي وهو غريب . فعلى ماذكره في الخلاصة يبطل الاذن للمأذون له في تزويج الصغار بعزل القاضي . وبقي لنا أن السلطان اذا كتب في تقليده القاضي تزويج الصغار والصغائر والاستخلاف ثم مات ذلك القاضي أو عزل ثم ولى السلطان شخصا بعده وكتب في تقليده على عادة من تقدمه وقاعدته ولم ينص صريحاً بالاذن له في الاستخلاف ولا في تزويج الصغار هل يكتفي بهذا أم لا ويحتاج الى صريح الاذن على الخصوص ؟ الظاهر أنه يكتفي بذلك ولا يفتقر الى التنصيص عليه خصوصاً واذا استخلف القاضي المأذون له في الاستخلاف شخصا وقد شرط في تقليد هذا القاضي تزويج الصغار ولم ينص القاضي لنائبه على تزويج الصغار هل يملك النائب ذلك أم لا ويحتاج الى اذنه في ذلك خصوصا ؟

الظاهر أنه لايملك لأنه كان فوض اليه الحكم بين الناس وفصل الحكومات فهذا مخصوص بالمرافعات والمحاكمات. وان قال استعنتك في الحكم فكذلك لايتعدى الى التزويج أما لو قال له استنبتك في جميع مافوض الى السلطان ففي هذه الصورة نقول يملك تزويج الصغار والصغائر لأنه استنابه في التزويج أيضا حيث عمم له الولاية في جميع ماهو متوليه فيملكه. ولايقال ينبغي الا يملكه لأن النائب في الحقيقة هو نائب عن السلطان ولهذا لو عزله القاضي لاينعزل واذا كان كذلك فكأن السلطان ولاه الحكم ولم ينص على تزويج الصغائر فلا يملك تزويجهم كما في حق الأصل. لأنا نقول هذا مسلم عند عدم التعميم أما مع التعميم فلا لأنه وان كان صار نائبا عن الأصل وهو السلطان لايمتنع أن يكون نائبا عن القاضي في تزويج الصغار وعممه الولاية استفادها من تعميم استنابته فلا منافاة بينها وبين ما ذكرت. وهل يقال ان النائب اذا ملك تزويج الصغار في الصورة الأخيرة وهي صورة التعميم هل له أن يأذن لأحد في تزويج الصغار أم لا؟ ليس له ذلك لأن ولايته في المعنى من السلطان والسلطان لم يأذن له في ذلك فلم يملك الأذن في تزويج الصغار فبقي كأنه في حق تزويج الصغار كأحد العقاد المأذون لهم من الحاكم الأصلي في تزويج الصغائر لأنه انما استفاد التزويج من جهة القاضي لامن جهة السلطان فصار كأحدهم وهم لايملكون ذلك فكذا هو ولأنه بمنزلة الوكيل عن القاضي في ذلك وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به الا باذن من الموكل. فلهذا لايملك هو الأذن ولا أحد من العقاد المأذون لهم مالم يأذن له القاضي الأصلي في الاذن فاذا أذن له صح. هذا كله فيما اذا كانت الصغيرة أو الصغير لاولي لهما سوى القاضي أما اذا كان لهما ولي من العصبة أو من ذوي الأرحام واذن ذلك الولي للقاضي في التزويج وزوج القاضي فانه يكون كالوكيل عن ذلك الولي لا أنه نفسه هو الولي، وهل يكون تزويجه هذا بمنزلة تزويجه اذا كانت الولاية له ويكون حكما أم لا وكذا هل يملك ذلك لابنه ولمن لايجوز له قضاؤه له أم لا؟ الظاهر أنه لايكون حكما ولا يكون بمنزلة تزويجه وهو الولي وكذا يملك مباشرة هذا العقد لابنه ولمن لايجوز قضاؤه

له على الخلاف الذي بين الامام وصاحبيه المعروف في الوكالة . ويمكن أن يجمع ويسوى بين هذا وبين الأول من حيث ان القاضي ولي أمره فاذا أذن له الأقرب بشرط أهليته وولايته لأنه انما كان بمنزلة المحجوب فاذا زال انسحب على الأول بنفسه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض لان دين الصحة مقدم فاذا رضي صاحبه بتقديم دين المرض يقدم وأخذ بدينه السابق لأن رضا صاحب دين الصحة لان رضاه ليس بدين بخلاف غيره من الناس اذا باشر بوكالة من الولي لأنه لاولاية له أصلا فهو وكيل محض وفيه صون مالهذا القاضي عن أن يتعرض اليه بنقض ولو لم نجعله بمنزلة الأول فانه وقع على وجه الحكم لم نأمن من توقع النقض له وهذا لابأس به والله تعالى أعلم

مسألة

الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولا في النكاح الثاني أم لا وتحرير الكلام في ذلك :

ذكر السروجي في شرح الهداية قال . قوله اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول ابراهيم والشعبي ورواية عن أحمد بن حنبل . وقال محمد والشافعي ورواية عن أحمد لها نصف المهر وعليها تمام العدة الأولى . وقال زفر لاعدة عليها لسقوط الأولى بالنكاح ولا تجب العدة بهذا الطلاق الثاني لانه طلاق قبل الدخول والخلوة : واعلم أن هنا عشر مسائل مبنية على أن الدخول في العقد الاول هل يكون دخولا في العقد الثاني حكما أولا . عندهما يكون دخولا في الثاني وعند محمد لايكون

المسألة الاولى اذا دخل بها في الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها طلاقا بائنا قبل الدخول هل يكون فارا وترثه أم لا فعندهما ترث في العدة ولها المهر كاملا وعليها عدة مستقبلة وكذا لو كان الطلاق الأول في المرض . والطلاق بالصريح يكون رجعيا وتثبت الرجعة عندهما وعند محمد بائن ولا رجعة له

المسألة الثانية لو تزوجت غيره ودخل بها ففرق القاضي بينهما ثم تزوجها ثانيا بعد ادن الولى وفرق القاضي بينهما قبل الدخول كان لها المهر كاملا وعليها عدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد لها نصف المهر في العقد الثانى وتمام العدة الاولى

المسألة الثالثة تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة على الخلاف وهي مسألة الكتاب

المسألة الرابعة ـ تزوج صغيرة ودخل بها فاختارت نفسها بخيار البلوغ ثم تزوجها في عدتها ثم طلقها بائنا في العدة قبل أن يدخل بها فعلى هذا الخلاف

المسألة الخامسة ـ تزوج امرأة ودخل بها ثم ارتدت والعياذ بالله تعالى ثم أسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول

المسألة السادسة ـ تزوج امرأة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل أن يدخل بها فعلى الخلاف

المسألة السابعة ـ تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في عدتها ثم عتقت واختارت نفسها قبل الدخول

المسألة الثامنة تزوج امرأة تزوجاً فاسداً ودخل بها ففرق القاضي بينهما ثم تزوجها نكاحا صحيحا ثم طلقها قبل الدخول بها . ووقع نقص في تعداد المسائل وفي بعضها نظر : وذكر في الذخيرة ـ وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد وكان ذلك بعد الدخول بها حتى وجبت العدة ثم تزوجها في العدة نكاحاً صحيحاً ثم طلقها قبل الدخول بها فلها المهر الثانى كاملا وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد يجب نصف المهر ويلزمها بقية العدة الاولى ـ وكذا لو كان النكاح الاول صحيحاً وطلقها تطليقة بائنة بعد ما دخل بها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها في النكاح الثانى قبل الدخول بها فلها المهر كاملا عندهما ـ فالحاصل أن الدخول في النكاح الأول دخول في النكاح الثانى إذا حصل النكاح الثانى في العدة ـ وأجمعوا على أن النكاح

الثانى لو كان فاسدا وفرق بينهما قبل الدخول بهافى النكاح الثانى لايجب المهر الثانى.
وذكر في الهداية : قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها فى عدتها
وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة. وهذا عند أبى حنيفة
وأبى يوسف وقال محمد لها نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لأن هذا طلاق
قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وإكمال العدة الاولى انما
وجب بالطلاق الأول الا أنه لم يظهر حال التزويج الثانى فاذا ارتفع بالطلاق الثانى
ظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها. ولهما أنها مقبوضة فى يده حقيقة بالوطأة
الأولى وبقى أثره وهو العدة. فاذا جدد النكاح وهى مقبوضة ناب ذلك القبض
عن القبض المستحق فى هذا النكاح كالغاصب يشترى المغصوب الذى فى يده
يصير قابضاً بمجرد العقد فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول. وقال زفر لاعدة
عليها أصلا لأن الاولى قد سقطت بالتزويج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه
ماقلناه. قلت فتحرر لنا من هذا أن المهر يكمل بمعنى أنه اذا طلقها بائنا والتقييد
بالبائن فيه فائدة ونراد مادون الثلاث لأنه هو الذى يظهر فيه الخلاف بين
أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد فانه اذا كان الطلاق رجعياً ما يكون فيه مهر وهى
زوجة واذا كان ثلاثا لايحل له العود اليها إلا بعد التزويج بآخر فتعين أن يكون ذلك
فى البائن بمادون الثلاث، وسواء كان بطلاق بائن أو بخلع أو بفرقة فاذا طلق زوجته
المدخولة طلاقاً بائناً دون الثلاث ثم تزوجها قبل أن تنقضى عدتها ثم طلقها قبل
الدخول بها أى فى هذا العقد الثانى فعند أبى حنيفة وأبى يوسف يكون لها مجموع
المسمى بكماله وتجب عليها عدة كاملة ابتداؤها من وقت التطليق الثانى ولا يعتبر
ما كان قد مضى من العدة الاولى ولا تحتسب به من هذه العدة وعند محمد يجب
لها نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى. وقال زفر لاعدة عليها أصلا بعد ذلك
لأن الاولى سقطت والساقط لايعود والثانية لم تجب لأنه طلاق قبل الدخول
وهذا فى الظاهر قوى لكن فيه ترك مقصود الشارع من ايجاب العدة وهو تعرف
براءة الرحم فانه يحتمل أن يكون الرحم مشغولا بالأول فاذا قلنا لاعدة يجوز لها أن

تتزوج بأختها فيدخل بها فتختلط الأنساب . وقول محمد ظاهر من حيث الظاهر وقولهما أدق وأولى نظراً للأثر المتقدم وهو قيام العدة وهي أثر من آثار النكاح الذى دخل فيه : واعلم أن قيام العدة شرط حتى لو انقضت العدة ثم تزوجها وطلق قبل الدخول فانه لا خلاف فى أن المهر لا يجب كاملا وانما يجب نصفه كسائر المطلقات قبل الدخول ولا عدة عليها حينئذ لأنها مطلقة قبل الدخول والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها . وقد جرت العادة أن الحاكم الحنفى يطلب منه الحكم بتكميل المهر وإن كان طلاقها قبل الدخول فى العقد الثانى فاذا رفعت القضية الى الحاكم الحنفى المذهب وطلب منه ذلك فعليه أن ينظر فى العدة ويتحرى فيها فاذا ثبت عنده أن العدة فى وقت الطلاق الثانى باقية حكم بتكميل المهر وأوجب على المرأة عدة مستقبلة ابتداؤها من وقت الطلاق الثانى لا من وقت الحكم الذى حكم به والله أعلم .

مسألة

« فى معرفة حكم الأصدقة والمهور وما يترتب على ذلك »

المهور التى تذكر فى الاصدقة فى ديارنا مثل أن يتزوج الرجل امرأة على ألف درهم ومائة دينار مثلا ثم يقول معجل لها أو عجل لها من ذلك قبل الدخول كذا وبقى لها عليه بعد ذلك كذا حالا وقد صار العرف أن ذلك الذى تأخر عن المعجل تأخذه من الزوج وقت الطلاق أو بعد الوفاة فهل اذا أرادت أن تمنع نفسها بعد ماقبضت منه القدر المعجل والزوجية قائمة بينهما هل لها ذلك أم لا وهل يجوز للحاكم أن يجيبها الى ذلك ويحكم لها بالمنع أم لا . وما الذى يفسر به كلام الاصحاب من قولهم ولها أن تمنع نفسها حتى تأخذ مهرها . وهل هذا المنع يكون فى بيت أهلها وتخرج من منزل الزوج اذا لم يعطها المهر المعجل بعد ما زفت اليه ام ليس لها أن تخرج وتمنع نفسها بعد ماقبضت منه القدر المعجل والزوجية قائمة وهى عنده فى منزله ؟ فنقول وبالله المستعان — ذكر فى الهداية قال: وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها أى يسافر بها ليتعين حقها فى البدل كما تعين حق الزوج

في البدل فصار كالبيع وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله أي المعجل . وذكر في المبسوط قال : والمراد من المهر ما تعارفوا تعجيله وما عداه مؤجل عرفاً فلا يشترط القدرة عليه في الكفاءة وإن كان حالا . وذكر في الفتاوى الصغرى الظهيرية قال : اذا تزوج امرأة على مهر مسمى ولم يقدر للمعجل فلها أن تطالبه بالمعجل لأن الموجب للتسليم قائم إلا أن التأجيل بحكم العرف فيتأجل بقدر العرف ويجب في الحال ما تعارفوا لمثل هذه المرأة وذلك بأن ينظر الى جهازها والى حالها ولها أن تمنع نفسها لأجل المهر المعجل . وذكر السروجي في شرح الهداية ناقلا عن ملتقى البحار قال على هذه المسألة المراد بالمهر المعجل . وفي جوامع الفقه لها أن تمنع نفسه لاستيفاء المعجل من المهر . وفي الولوالجي إذا أدى المعجل ولم يؤد المؤجل فله أن يبني بها للعرف . وفي الواقعات تزوجها على مهر فأرادت أن تمنع نفسها حتى تأخذ المسمى كله ليس لها في عرفنا لأن البعض مؤجل والبعض معجل في عرفنا والمعروف كالمشروط فينظر كم يكون المعجل لهذه المرأة وكم يكون المؤجل منه فيقضى بالعرف الا أن يشترط تعجيل الكل في العقد . وفي مجموع النوازل يقضي لها بنصف المهر معجلا وهو عرف أهل سمرقند أنهم يعجلون النصف والصحيح الاول . وفي منية المفتي التقييد بتعجيل المعجل جواب المتأخرين هذه عبارة السروجي . وذكر في الخلاصة في الفتاوى قال : رجل تزوج امرأة على مهر معلوم وأرادت أن تمنع نفسها حتى تستوفي جميع المهر ليس لها ذلك في عرفنا ولكن ينظر الى المسمى والى المرأة أن مثل هذه المرأة ومثل هذا المسمى كم يكون منه معجلا وكم يكون منه مؤجلا في العرف فيقضي بالعرف ويسمى هذا بالفارسية كذا كذا (١) كذا اختار الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى . ولو شرطا تعجيله في العقد تعجل الكل ، ثم بحث ثم قال وإذا أدى المعجل له أن يبني بها وإن لم يؤد المؤجل وبالطلاق الرجعي يتعجل المؤجل ولو راجعها لا يتأجل . وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي : رجل تزوج امرأة على مهر

---

(١) كذا في جميع النسخ التي بأيدينا

معلوم فأرادت أن تمنع نفسها حتى تستوفى جميع المهر ليس لها ذلك فى عرفنا لأن فى عرفنا البعض معجل والبعض مؤجل والمعروف كالمشروط فننظر إلى المسمى وإلى المرأة أن مثل هذا المسمى لمثل هذه المرأة كم يكون معجلا وكم يكون مؤجلا فإن العرف فيقضى فيه بالعرف ، فإن شرط تعجيل الكل فى العقد وجب التعجيل لان الثابت بدلالة العرف انما يعتبر اذا لم يوجد التصريح بخلافه . وذكر فى العمدة فى الفتاوى للصدر الشهيد قال : والمرأة لو منعت نفسها لتستوفى مهرها ليس لها ذلك باعتبار العرف فينظر الى المرأة والى ما يعجل لمثلها فان عجل مثل ما يعجل لها لا تمنع . وذكر فى شرح المجمع فاذا امتنعت عن تسليم نفسها وأن يسافر بها للمهر المعجل جاز ثم قال وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها مهرها كله أعنى المعجل منه . وذكر السغناقى (١) فى شرح الهداية قوله (وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر) كان هذا فى عرفهم . أما اذا كان فى موضع تعارفوا تعجيل البعض وترك الباقى فى الذمة الى وقت الطلاق أو الموت كما هو عرف ديارنا كان لها أن تحبس نفسها لاستيفاء المعجل وليس لها أن تطالبه ببقية المهر المؤجل قال فان بينوا فيه المعجل يعجل ذلك وإن لم يبينوا شيئاً ينظر الى المرأة والى المهر المذكور فى العقد أنه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك . وذكر فى منية الفقيه (٢) فى الفتاوى قال وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تقبض مهرها أو نصفه والأصح حتى تقبض معجل مثلها من مثله وان عين المعجل فذلك كالمشروط عادة فان شرطوا ألا يدفع منه لا يجب وإن سكتوا يجب ما تحقق فى العرف لمثلها والعرف الضعيف لا يلحق المسكوت بالمشروط . هذه عبارته : قلت فالكلام فى هذه المسألة فى مقامين ، المقام الاول فى بيان أن المرأة هل لها أن تمنع نفسها حتى تأخذ مهرها وما تحرر من تحقيق كلام الاصحاب فيه وكشف معنى قولهم تمنع نفسها وهل هذا المنع يكون فى بيت أهلها

---

(١) هو حسام الدين الحسين بن على بن حجاج بن على السغناقى المتوفى سنة ٧١٠ وشرحه على الهداية يسمى النهاية (٢) كذا فى بعض النسخ وفى بعض آخر منية المفتى .

ثم فى بيت الزوج ـ المقام الثانى فى بيان أن المرأة هل لها أن تطالب الزوج ببقية المهر بعد ماقبضت المعجل اذا كانت الزوجية قائمة بينهما وتحدده وهل يكون ذلك الباقي مؤجلا عرفا ويعمل عمل المؤجل شرطا وان كان كتب فى الصداق بقي لها عليه بعد ذلك كذا دينا لها عليه ثابتا وحقا لازما حالا تطالبه به متى شاءت ولاتملك المطالبة مادامت الزوجية قائمة أم لا ـ أما الأول فلا شك أن عبارة الأصحاب المتأخرين ناطقة متضافرة بأن المراد من قول المتقدمين ولها أن تمنع نفسها حتى تأخذ مهرها أى المعجل لا المجموع فان شمس الأئمة السرخسى صرح فى المبسوط بذلك كما نقله عنه وزادنى التنبيه قوله فلا تشترط القدرة عليه فى الكفاءة وان كان حالا وقال وماعداه مؤجل عرفا . وفى الخلاصة قال تزوج امرأة على مهر معلوم وارادت أن تمنع نفسها حتى تستوفى جميع المهر ليس لها ذلك فى عرفنا الى آخر كلامه، ومثله فى الفتوى الكبرى وزاد فيها وفى الواقعات على الخلاصة فيقضى بالعرف الا أن يشترط تعجيل الكل، ونص فى الواقعات أيضاً على أن الصحيح من الأقوال القول بالعرف وأبو الليث قال الفتوى عليه لا كما ذهب اليه أهل سمرقند من التقدير بالنصف . فتحرر لنا من هذا كله أن الزوج اذا دفع المعجل فليس للمرأة أن تمنع نفسها منه بعد ذلك وما يريدون بالمعجل الذى يكون فى عقد وقع أولا مؤجلا ثم ذكر فيه أنه يجعل لها من ذلك كذا لأن ذلك ليس مؤجلا عرفا بل هو مؤجل شرطا كيف وان شمس الأئمة قد صرح وقال وماعداه مؤجل عرفا وان كان حالا وما نبهت على هذه الاخشية أن يسبق اليه الذهن الضعيف ويتبادر الى ادراك الفهم القصير فيظن صاحبه أنه شىء لم يطلع عليه غيره وهو فى الحقيقة ليس بشىء، بل يريدون بقولهم ماتعارفوا تعجيله فى عقد وقع حالا بأن تزوج رجل امرأة على الف درهم مثلا ولم يذكر فيه تأجيل شىء منها فهذا عقد وقع على مال خال من التأجيل المشروط فيكون الكل حالا فالمتقدمون قالوا ولها أن تمنع نفسها حتى تأخذ مهرها والمتأخرون قالوا والمراد منه أى من كلام المتقدمين المعجل لاالمجموع ثم فرعوا وقالوا فان لم يبينوا شيئاً

أي لم يبينوا مقدار المعجل كالصورة التي ذكرناها قالوا ينظر الى المرأة والى المهر المذكور في العقد وكم يكون لهذه المرأة من هذا المهر معجلا وكم يكون المؤجل منه فيقضي بالعرف عند الاطلاق حكموا العرف وما جعلوا لها أن تمنع نفسها حتى تأخذ الكل فبالطريق الاولى اذا ذكر في العقد أنه يعجل لها من ذلك كذا وسكتوا ألا يكون لها أن تمنع نفسها على البقية لأن الثابت عرفا كالثابت شرطا فالشبه به أقوى بلا خلاف . وعلى أنهم نصوا على هذه الصورة نصا فيما نقلناه عنهم وانه ليس لها أن تمنع نفسها على بقية المهر الاعلى القدر المعجل اعتبارا للعرف في الحالين حالة السكوت عن بيان المعجل وحالة التكلم به وان كان الكل حالا في الاصل . فاذا طلبت المرأة من الحاكم الحكم لها بالمنع حتى يعطيها بقية صداقها بعد ما قبضت المعجل لايجيبها الى ذلك ولا يجوز له أن يحكم لها بالمنع حتى يعطيها بقية صداقها . ثم المنع الذي ذكره الاصحاب هو عبارة عن عدم التمكين من الوطء بمعنى أن لها ألا تمكنه من نفسها أي من وطئها . فبقي هل لها أن تقيم في بيت أهلها حتى يعطيها مهرها أم ليس لها ذلك وانما تمنع نفسها وهي في منزله . فنقول . المنع المذكور ليس بتقييد أن يكون في منزله وثم الاتمنع نفسها في بيت أبيها حتى يوفيها المعجل ويكون ذلك مفوضا اليها ان اختارت أن تقيم في منزله وتمنع نفسها منه من الوطء؛ وان اختارت أن تخرج الى بيت أهلها وتمنع نفسها حتى يوفيها المعجل . هكذا نص عليه الأصحاب وقد حكيناه عن شرح المجمع في هذه الاوراق .

وأما الكلام في المقام الثاني . فنقول لايخلو اما أن يذكر في الصداق تزوجها على كذا ويقتصر عليه أو أن يذكر نطالبه به متى شاءت بعد قولهم حالا كما هو عرف ديارنا . ففي الاول الظاهر أنها لاتملك المطالبة مادامت الزوجية قائمة لأن الأصحاب نصوا على ان الباقي بعد المهر المعجل مؤجل عرفا أو شرطا كما قدمناه والمؤجل لايملك صاحبه المطالبة به قبل حلول الأجل وحلول الأجل هنا عند الطلاق أو الموت والمعروف كالمشروط بمعنى انه لو كان قال والباقي مؤجل الى كذا لاتملك المطالبه قبل حلول ذلك الاجل فكذا الأجل الثابت عرفا وكذا أقول

فى قولهم : والباقى دين حال من غير ذكر المطالبة به متى شاءت لأن شمس الأئمة قال : وما عداه مؤجل عرفا وان كان حالا فصحة الحلول لا تمنع التأجيل العرفى ولو قيل بالمنع لكان له وجه . وأما اذا قال فى الصداق . والباقى دين حال تطالبه به متى شاءت أو زوجها على كذا دينا لها عليه ثابتا وحقا لازما حالا تطالبه به متى شاءت فهذا كله لا يمنع المطالبة به بالعرف لأن النص يعمل لأن العرف انما يعمل فى أنه هل لها أن تمنع نفسها حتى تستوفى الكل أم لا لأنه يعمل فى أنها لا تملك المطالبة به مع تصريحه فى الصداق (بأنها أن تطالبه به متى شاءت) كما اذا صرح فى الصداق بتعجيل الكل بأن تزوجها على ألف درهم معجلة لا يعمل العرف هنا لا يعمل شيئا لأن الثابت بدلالة العرف انما يعتبر اذا لم يوجد الصريح والصريح هنا موجود فلا يظهر عمل العرف فى منع المطالبة ولا يقال . ينبغى ألا يعمل العرف أيضا فى منع المنع ببقية المهر اذا كان فى الصداق قد ذكر أن وبقى لها عليه من ذلك كذا دينا حالا تطالبه به متى شاءت . لأنا نقول هذا ليس هو الصريح الذى يبطل عمل العرف فى هذه الصورة لأن الصريح فيها أن يشترط تعجيل الكل أما اذا ذكر أنه دين حال وانها تطالبه به متى شاءت ليس فيه ما يمنع العمل بالعرف لأنها تطالبه ولا تمنع نفسها منه كسائر الديون الحالة التى لها عليه فانها لا تملك شرعا أن تمنع نفسها منه لأجل بقية ديونها فكذا القدر الزائد على المعجل عرفا من الصداق ولا يقال : قد يفرق بين بقية الديون وبين هذا من أن هذا القدر هو فى مقابلة البضع ولا كذلك سائر الديون . لأنا نقول هذا كما اذا كان التأجيل مصرحا به مشروطا فانها لا تملك المنع وان كان المهر فى مقابلة البضع فكذا هنا . فالقول بأنه ليس لها أن تمنع نفسها حتى تأخذ بقية المهر لا منافاة بينه وبين ما ذكر فى الأصدقة أنه دين حال تطالبه به متى شاءت لأن ذلك تأكيد المطالبة وما يلزم من القول بتوجه المطالبة القول بمنع نفسها حتى تأخذ البقية كما فى بقية الديون الحالة التى تكون للمرأة على زوجها للمعنى الذى قد مناه والله سبحانه أعلم

* * *

مسألة

في احكام الخلوة في النكاح التي تؤكد مجموع المهر وتعمل عمل الدخول حقيقة وتحرير الكلام فيها وما يشترط لها وما يفسدها وتحقيق كلام الاصحاب فيها وضم اليها ما يؤكد المهر من الدخول والخلوة وغيره

ذكر في البدائع قال: وأما بيان ما يتأكد به المهر، فالمهر يتأكد بأحد معان ثلاثة: الدخول والخلوة الصحيحة وموت أحد الزوجين سواء كان مسمى أو مهر المثل حتى لا يسقط شيء منه بعد ذلك الا بالابراء من صاحب الحق. اما التأكيد بالدخول فمتفق عليه، واما التأكيد بالخلوة فمذهبنا حتى لو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها في نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال المسمى وان لم يكن في النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل، وتجب العدة بعد الخلوة عندنا. ثم تفسير الخلوة الصحيحة هو الا يكون هناك مانع من الوطء لا حقيقي ولا شرعي ولا طبعي. اما المانع الحقيقي فهو أن يكون احدهما مريضاً مرضاً يمنع الجماع أو كانت امرأة رتقاء أو قرناء لانهما يمنعان من الوطء. وتصح خلوة الزوج عنينا كان أو خصيا لانهما لا يمنعان من الوطء. وتصح خلوة المجبوب في قول ابي حنيفة خلافا لهما — وأما المانع الشرعي فهو أن يكون احدهما صائما صوم رمضان أو محرما بحجة فرض أو نفل أو بعمرة أو تكون المرأة حائضاً أو نفساء. وأما غير صوم رمضان فقد روى بشر عن أبي يوسف أن صوم التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا تمنع صحة الخلوة. وذكر الحاكم الجليل في مختصره أن نفل الصوم كفرضه وفي المسألة روايتان. وأما المانع الطبعي فهو أن يكون معهما ثالث وسواء كان الثالث بصيرا أو أعمى يقظان أو نائما بالغا أو صبيا بعد أن كان عاقلا رجلا أو امرأة أجنبية أو منكوحته. ولو كان الثالث جارية له فقد روى بشر أن محمدا كان يقول أولا تصح خلوته ثم رجع وقال لا تصح. ولا خلوة في المسجد ولا في الطريق والصحراء وعلى سطح لا حجاب عليه. ولو خلا بها في محمل أو قبة

فأرخى الستور عليه فهي خلوة صحيحة . ثم في كل موضع صحت الخلوة وتأكد المهر وجبت العدة وفي كل موضع فسدت الخلوة لايجب كمال المهر . وهل تجب العدة؟ ينظر في ذلك ان كان الفساد لمانع حقيقي لاتجب وان كان المانع شرعيا أو طبعيا تجب لأن الوطء مع وجود هذا النوع من المانع ممكن فتتهمان في الوطء فتجب العدة عند الطلاق احتياطا . وأما ثانيا كيف موت أحدهما فلا خلاف في أن أحد الزوجين اذا مات حتف أنفه قبل الدخول في نكاح فيه تسمية أنه يتأكد المسمى سواء كانت المرأة حرة أو امة وكذلك اذا قتل احدهما سواء قتله اجنبي أو قتل أحدهما صاحبه أو قتل الزوج نفسه . وأما إذا قتلت المرأة نفسها فان كانت حرة لايسقط عن الزوج شيء من المهر بل يتأكد الكل عندنا وعند زفر والشافعي يسقط . وأما اذا مات احد الزوجين في نكاح لاتسمية فيه فانه يتأكد مهر المثل عند أصحابنا . وذكر في فتاوى قاضيخان المهر يتأكد بثلاث بالوطء وبموت احد الزوجين وبالخلوة الصحيحة . والخلوة الصحيحة ان يجتمعا في مكان ليس هناك مانع يمنعه من الوطء حسا أو شرعا او طبعا وذكر مثل ما ذكر في البدائع، وزاد: ولو كان معهما أعمى أو أخرس لاتصح الخلوة ولو كان معهما جارية أحدهما لاتصح الخلوة . ولو كان معهما كلب احدهما حكي عن شمس الأئمة الحلواني انه قال كلب المرأة يمنع بخلاف كلب الرجل . ولا تصح في المسجد والحمام وقيل في الليل تصح الخلوة في المسجد كما في الحمام . ولو ادخل على الرجل امرأته ولم يعرفها او ادخل الرجل على امرأته فمكث ساعة ثم خرج ولم يعرفها اختلفوا فيه قال الفقيه أبو الليث لاتكون خلوة ويصدق أنه لم يعرفها . ولا تصح الخلوة في صحراء ليس بقربهما احد اذا لم يأمنا مرور انسان . وكذا لو خلا على سطح ليس على جوانبه ستر أو كان الستر رقيقا أو قصيرا بحيث لو قام انسان يقع نظره عليهما لاتصح الخلوة اذا خافا اطلاع غيرهما عليهما فان أمنا من ذلك صحت . وفي البيوتات الثلاثة أو الأربعة واحد بعد واحد إذا خلا بامرأة في البيت الاقصى ان كانت الابواب مفتوحة من اراد أن يدخل عليهما يدخل من غير استئذان لاتصح الخلوة

وكذا لوخلا بها فى بيت من دار وللبيت باب مفتوح الى الدار اذا أراد أن يدخل عليهما غيرهما من المحارم أو الاجانب يدخل لاتصح الخلوة . ولو اجتمع مع امرأته على رواق والناس قعود فى سفل الخان لونظروا اليهما يقع بصرهم عليهما لا تصح الخلوة . مريض حمى بمرأته وادخلت عليه فى بيته وهو لايشعر بها خرجت بعد الصبح فأخبر الزوج بذلك فقال لم أشعر بها ثم طلقها وادعت المرأة أنه علم بذلك كان القول قول الزوج انه لا يعلم . وان علم الزوج وهو يقدر على وطئها صحت الخلوة وكان عليه كمال المهر . ولاتصح الخلوة من الغلام الذى لايجامع مثله ولا الخلوة بصغيرة لايجامع مثلها . وفى كل موضع صحت الخلوة لوطلقها لايكون له حق الرجعة وبعد ماصحت الخلوة كان لها كمال المهر وان أقرت المرأة أنه لم يجامعها فى ظاهر الرواية . الكافر اذا خلا بامرأته بعد ما أسلمت صحت الخلوة ولو أسلم الكافر وامرأته مشركة فخلا بها لاتصح الخلوة . وفى كل موضع فسدت الخلوة مع القدرة على الجماع حقيقة فطلقها كان عليها العدة استحسانا وان كان عاجزاً عن الجماع حقيقة لاتجب العدة . اذا قال ان تزوجت فلانة وخلوت بها فهى طالق فتزوجها وخلا بها كان لها نصف المهر . وذكر فى الفتاوى الظهيرية اذا خلا بها زوجها وقال لم أدخل بها وقالت المرأة لابل دخلت فهذا على وجهين: اما أن يكونا عند الخلوة صائمين صوم فرض أو محرمين بتطوع أو فرضاً أو أحدهما أو كانت المرأة حائضاً لاتصح الخلوة والقول قول الزوج فلا يقضى بكمال المهر الا أن عليها العدة احتياطا . وذكر فى الذخيرة اذا خلا بها ولم تمكنه من نفسها اختلف المتأخرون فيه وفى طلاق النوازل عليه نصف المهر . وسئل ركن الاسلام السعدى عن تزوج امرأة فادخلتها أمها عليه وردت الباب الا أنها لم تغلقه والبيت فى خان يسكنه ناس كثير ولهذا البيت طراق مفتوحة والناس قعود فى ساحة الخان ينظرون من بعيد هل تصح هذه الخلوة؟ قال ان كانوا ينظرون فى الطاق ويرصدون ابها وهما يعلمان ذلك لاتصح الخلوة فأما النظر من بعيد والقعود فى الساحة فغير مانع من صحة الخلوة . وذكر فى الفتاوى الكبرى رجل حمل امرأته

أى الرستاق[1] ان حملها فى طريق الجادة لاتكون خلوة لأن طريق الجادة لاتكون خالية غالباً. وان حملها فى غير طريق الجادة تكون الخلوة لأنها تكون خالية غالباً.

رجل تزوج صبية فحملها دفعة فذهب بكارتها ثم طلقها قبل الدخول بها فله نصف الصداق فى قول أبى حنيفة لأنه طلاق قبل الدخول وزاد شرح فى مجمع البحرين وقال محمد له المهر كله لأن فعله ذلك بمنزلة الوطء، وقول أبى يوسف كقول محمد فى رواية محمد وكقول الامام فى رواية الحسن

قلت: فالحاصل أن الخلوة تنقسم الى قسمين فاسدة وصحيحة فالصحيحة هى ألا يكون هناك مانع حقيقى ولاشرعى ولاطبعى وتقدم بيان كل من ذلك والفاسدة ضد الصحيحة وقد عرفت. ثم الخلوة الصحيحة تعمل عمل حقيقة الدخول عندنا فى أحكام ولاتعمل عمله فى أحكام فأما الاحكام التى أقيمت فيها مقام نفس الوطء فهى تكميل المهر جميعه ان كان فى العقد تسمية والا فتأكيد مهر المثل، وثبوت النسب، ووجوب العدة، ووجوب النفقة والسكنى فى هذه العدة، وحرمة نكاح أختها مادامت العدة قائمة، وحرمة نكاح أربع سواها، وحرمة نكاح الأمة عليها على قياس قول أبى حنيفة فى حرمة نكاح الأمة على الحرة فى العدة من طلاق بائن ومراعاة وقت الطلاق فى حقها. وأما الاحكام التى لم يقيموا الخلوة فيها مقام نفس الوطء فهى الاحصان، وحرمة البنات، والاحلال للزوج الأول، والرجعة والميراث حتى لو طلقها ثم مات وهى فى العدة لاترث. وأما وقوع طلاق آخر فى هذه العدة فقد قيل لايقع وقيل يقع وهو أقرب الى الصواب. ونظمت هذه الأحكام كلها فى أبيات وأثبتها فى كتابى الفوائد المنظومة وهى هذه

وقد أقيمت خلوة النكاح	فى صور تأتيك بالايضاح
مقام نفس الوطء حتى كملوا	جميع مهرها كذا قد نقلوا
كذاك مهر المثل حيث لم يسم	وحرمة الأخت عليها فاستقم
كذا ثبوت نسب الصغير	وتجب العدة من تحرير

(١) السواد والقرى

كذا اعتبار زمن الطلاق — وتجب السكنى مع الاعتاق
وتحرم الاربع والاماء — وتم هذا النظم والاملاء
ولم يقيموها مقام الوطء فى — ستة أحكام تجىء فاقتفى
احصانه وحرمة البنت — وعدم التوريث فى الحالات
ثم وفى جمع التفاريق ذكر — بنهما ثرثه كذا سطر
وحلها لبعلها الأول قل — كذاك رجعة فنه لاتحل
لكن اذا طلق أخرى وهى فى — وقت اعتدادها فخذه واكتفى
فقيل ان ذا الطلاق لايقع — وعكسه هو الصواب المستمع

فاذا جاءت المرأة الى القاضى وادعت النكاح والخلوة وطالبته بكل المهر فلا يخلو اما ان صدق الزوج على ذلك أو كذب فان صدق وطلبت من القاضى الحكم بتأكد كل المهر المسمى أو مهر المثل عند عدم التسمية فانه يجيبها الى ذلك ويحكم لها عليه بتأكد كل المسمى مع العلم بالخلاف فيه . وان صدقها الزوج على النكاح وكذبها فى الخلوة يحلف بعد انه ماخلا بها خلوة صحيحة فان حلف ولا بينة لها لم يتأكد مهرها كله . وان أقامت بينة بالخلوة الصحيحة ثبتت وحكم عليه بتأكد مهرها كله كما يحكم عليه فى صورة تصديقه لها فى ذلك . وان قال خلوت بها ولكنها لم تمكنى من نفسها سألها الحاكم عن ذلك فان صدقته فهذه المسألة قد اختلف فيها المتأخرون كما ذكرنا والذى يظهر لى أنه ينبغى أن يقال فيها بالتفصيل ان كانت بكراً يكمل المهر لأنها تستحيى بالطبع ولاتطيع فى تسليم نفسها للفحل بلا ممانعة فلم تكن مختارة لعدم التأكد للمهر بهذا الامتناع فلا يسقط حقها فى التأكيد بخلاف الثيب لأن عدم تمكينها يدل على عدم اختيار التأكيد وحبس منافع المحل عن الاستيفاء لصاحبها فلا يتأكد حقها . وهذا الذى قلته هو على وجه التفقه ولم أظفر فيه بنقل عن الأصحاب وانما المنقول عنهم ماقدمناه فى حكاية أقوالهم : وان كذبته والمسألة بحالها فالقول قولها لأنها منكرة والقول قول المنكر مع اليمين . وخلوة النساء فى زماننا فيها نظر فانها لاتعرى عن امرأة تكون

معها فى البيت وهى تعرض وتتطلع الى ما يجرى لها فتوطئ ذلك عند الحاكم لايسوغ له الحكم بتأكد المهر لفساد الخلوة وهذا مما يقع فى حق الأبكار فعلى الحاكم أن يحترز ويتثبت فى ذلك قبل الحكم فاذا ظهر له أن الخلوة صحيحة حكم والا فلا

مسألة

اذا طلب الزوج السفر بزوجته الى بلد آخر وقد أوفاها جميع المهر وهى تأبى الخروج معه هل له أن يجبرها على ذلك أم لا . وتحرير كلام الاصحاب فى ذلك

ذكر فى الهداية قال : واذا أوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وقيل لايخرجها الى بلد آخر غير بلدها لأن الغريب يؤذي وفى قرى المصر القريبة لاتتحقق الغربة . وذكر فى شرح مجمع البحرين قال : واذا أوفاها نقلها حيث شاء وقيل لايسافر بها الى بلد غير بلدها . وقيل ان أوفاها المؤجل أيضاً وهو مأمون سافر بها والا فلا ثم اذا أوفاها المهر المعجل كان للزوج ان ينقلها حيث شاء لقوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وقيل لايخرجها الى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى ويجوز نقلها الى القرى القريبة من بلدها لعدم تحقق الغربة . وقال بعض مشايخنا ان أوفاها المهر المعجل وحده لايتمكن من ذلك لأن التأجيل انما يثبت بحكم العرف دلالة لا بالصريح فلعلها انما رضيت بالتأجيل اذا امسكها فى بلدها أما اذا أخرجها الى دار الغربة فلا . وبعض اصحابنا أفتى بالقول الاول ، وهذا القول المفصل أقرب الى التحقيق وبه يفتى . وهذه المسائل من الزوائد . وذكر فى المحيط قال أبو القاسم الصفار البلخي لا يملك الزوج أن يسافر بها فى زماننا وان أوفى صداقها وهو المختار لمشايخه لأن الناس قد فسدوا فى زماننا . فالمرأة متى كانت بين عشيرتها فالزوج لايمكنه أن يظلمها وفى بلدة أخرى يظلمها وهى لاتقدر أن تستغيث بأحد ولا

كذلك لو أخرجها من بلدة الى قرية أومن قرية الى بلدة لأن ذلك ليس بسفر . وذكر في الكافي شرح الوافي : واذا أوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وكثير من المشايخ على أنه ليس للزوج أن يسافر بها في زماننا وان أوفاها مهرها لأن الغريب يمتهن ولو كان طويل الذيل ولكن ينقلها الى القرية ان أحب لانه لا تتحقق الغربة وعليه الفتوى. وله أن ينقلها من القرية الى المصر ومن القرية الى القرية . وذكر الولوالجي في الفتاوى قال وهذا التفصيل جواب ظاهر الرواية . قال أبو القاسم الصفار هذا كان في زمانهم

أما في زماننا لا يملك الزوج أن يسافر بها وان أوفي صداقها لأن في زمانهم الغالب من حالهم الصلاح . أما في زماننا فقد فسد الناس . والمرأة متى كانت فيما بين عشيرتها فالزوج لا يمكنه أن يطلها ومتى نقلها الى بلدة أخرى طلها وهي لا تقدر أن تستغيث عليه بأحد . وذكر في المختار للفتوى قال : وللمرأة أن تمنع نفسها ولا يسافر بها حتى يعطيها مهرها فاذا أوفاها نقلها الى حيث شاء وقيل لا يسافر بها وعليه الفتوى . وذكر في فتاوى قاضيخان قال : واذا أراد الرجل أن ينقل المرأة من بلد الى بلد بغير اذنها ان كان ذلك قبل ايفاء المهر لا يملك وله ذلك بعد ايفاء المهر في ظاهر الرواية . وقال أبو القاسم الصفار لا يملك نقلها من بلد الى بلد وان أوفاها مهرها وبه أخذ الفقيه أبو الليث السمرقندي لأن الزمان قد فسد فيخاف عليها من الضرر في الغربة ما لا يخاف عليها في عشيرتها وله ان يخرجها من المصر الى القرية ومن القرية الى المصر ومن القرية الى القرية لان النقل الى ما دون السفر لا يعد غربة ويكون ذلك بمنزلة النقل من محلة الى محلة . وذكر في متن البحر المحيط قال : وفي فتاوى أبي الليث واذا أراد الزوج أن يخرج المرأة من بلد الى بلد وقد أوفاها مهرها فجواب الكتاب أن له ذلك . واختيار الفقيه أبي الليث على انه ليس له ذلك ولو أراد أن يخرجها من البلد الى القرية أو من القرية الى البلد فله ذلك. وذكر في البحر المحيط قال رأيت قول أبي القاسم الصفار في النوازل في كتاب النكاح بعده السفارة . وسئل يعني أبا القاسم عن امرأة يريد زوجها اخراجها من بلد الى

بلد ولم يوف لها جميع الصداق قال أبو القاسم لها ألا تخرج من بلدها الى بلد آخر أوفاها المهر أو لم يوفها لفساد الزمان لأنها لا تأمن على نفسها في منزله فكيف اذا خرجت الى السفر قال أبو الليث وبه نأخذ فكيف لو أدرك زماننا هذا أبو القاسم. انت فتحرر لنا من هذا أن ظاهر الرواية اذا أوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء من البلاد وله أن يسافر بها الى حيث أحب والمراد من المهر المعجل الذى تعارفوا تعجيله وقيل المؤجل أيضاً . فالمانع السفر بها وان أوفاها مهرها هو قول أبي القاسم الصفار واختيار أبي الليث وجماعة من المشايخ وهو ليس برواية عن الأصحاب . يدل عليه قول الولوالجي هذا كان في زمانهم اما في زماننا فلا تملك الزوج أن يسافر بها وان اوفاها صداقها فيشير الى أنه اختلاف عصر وزمان كما قالوا في مسئلة الاستئجار على الطاعات . وقد نص بعض الأصحاب على ان الفتوى على ما قاله أبو القاسم وبعضهم قال وهو المختار لمشايخه ورأيت عمل القضاة عليه في زماننا من غير تفصيل . والذى ينبغي أن ينظر في وطن المرأة التى فيه عشيرتها وقومها فان كان تزوجها فيه بين قومها ثم طلب بعد ذلك أن ينقلها الى بلد آخر لا يجاب الى ذلك ويحكم لها بالمنع . وان كانت في مصر ليس لها فيه عشيرة وقد تزوجها فيه وأصلها من مصر آخر ينبغي ألا يحكم لها بالمنع . وأيضا ينبغي للحاكم أن يستكشف عن حقيقة الحال وينظر في طلب الزوج السفر بامرأته فان كان طلب مضارة لأجل أن تهبه شيئاً من المهر أو تترك الكسوة أو لأمر جرى بينهما من خصومة ونحوها فلا يجيبه الى ذلك وخصوصاً اذا لم يكن مأموناً عليها ويحكم لها بالمنع . وعلى أن ظاهر الرواية أحكم . وقول أبي القاسم الصفار أرفق بالنساء وأرحم والله اعلم

مسألة

قال علماؤنا رحمهم الله المبتوتة لها النفقة والسكنى مادامت في العدة حاملا كانت أو حائلا وهذا مذهبنا . والمبتوتة هى المطلقة بائناً أو على مال أو ثلاثا

وأما المطلقة رجعيا فلها النفقة والسكنى بلاخلاف مادامت فى العدة ، ثم هى مأمونة القول قولها فى انقضاء العدة مع يمينها . فلو ادعت حبلا انفق عليها ما بينها وبين سنتين منذ يوم طلقها فان مضت سنتان ولم تلد انقطعت النفقة فان قالت كنت أظن انى حامل ولم احض يعنى انها ممتدة الطهر وأظن هذا الذى بى ريح وأنا أريد النفقة حتى تنقضى العدة وقال الزوج قد ادعيت الحبل وأكثر مدته سنتان فالقاضى لايلتفت الى قوله ويلزمه النفقة مالم تنقض العدة وتكون معذورة فى ذلك والنفقة لها حتى تنقضى العدة بالحيض أو تدخل فى حد الاياس وتمضى ثلاثة أشهر بعد ذلك . فان حاضت فى الأشهر الثلاثة استقبلت العدة بالحيض لأنه ظهر أنها لم تكن آيسة والنفقة واجبة لها فى جميع ذلك لأنها ممنوعة بحقه مالم يحكم بانقضاء عدتها . فان أقام الزوج بينة على اقرارها بانقضاء عدتها برئ من النفقة . وإذا طلق الرجل امرأته وهى صغيرة لم تحض بعد وقد دخل بها ومثلها يجامع فعدتها ثلاثة أشهر وينفق عليها مادامت فى العدة . هذا اذا لم تكن مراهقة . فأما اذا كانت مراهقة فعدتها لاتنقضى بثلاثة أشهر بل يتوقف فى حالها الى أن يظهر أنها حبلى من ذلك الوطء أم لا فينبغى أن ينفق عليها النفقة مالم يظهر فراغ رحمها . فلو أنها حاضت فى الثلاثة الأشهر فتستأنف العدة بالحيض ويكون لها النفقة حتى تنقضى عدتها : وهذه النفقة فى الوجوه كلها كنفقة النكاح ويعتبر فيها ما يعتبر فى النكاح وكل امرأة تستحق النفقة حال قيام النكاح تستحق النفقة حال قيام العدة . وكل امرأة لاتستحق النفقة حال قيام النكاح لاتستحقها حال قيام العدة فان المولى اذا بوأ الأمة بيتا استحقت النفقة فلو طلقها استحقتها أيضا واذا لم يبوئها لاتستحق النفقة فلو طلقها لاتستحق أيضا — والمعتدة اذا لم تخاصم فى النفقة ولم يفرض لها القاضى شيئا حتى انقضت العدة فلا نفقة لها . فلو كان غائبا فاستدانت عليه ثم قدم بعد انقضاء عدتها يقضى عليه بنفقة مثلها على قول أبى حنيفة الأول ثم رجع وقال لايقضى كما فى نفقة النكاح . واذا فرض لها القاضى نفقة العدة وقد استدانت على الزوج أولم تستدن ثم انقضت عدتها قبل أن تقبض شيئا من الزوج

فان استدانت بأمر القاضي كان لها أن ترجع على الزوج بذلك لأن استدانتها بأمر القاضي بمنزلة استدانة الزوج بنفسه . أما اذا استدانت بغير أمر القاضي أو لم تستدن أصلا هل ترجع على الزوج بذلك أم لا ? قال شمس الائمة الحلواني فيه كلام وقال الشيخ الأجل الشهيد عندي أنه لا تسقط . وأشار السرخسي أنها تسقط وهو الصحيح

وان لم يكن للزوج منزل مملوك يكترى منزلا لها ويكون الكراء على الزوج وان كان معسرا تؤمر المرأة أن تستدين الكراء وتوفي ثم ترجع على الزوج اذا أيسر كما هو الحكم في النفقة حال قيام النكاح . ثم الاصل أن الفرقة متى وقعت بين الزوجين ينظر ان كانت الفرقة من جهة الزوج فلها النفقة سواء كانت بمعصية أو بغير معصية . وان كانت الفرقة من جهتها ان كانت بحق فلها النفقة وان كانت بمعصية فلا نفقة لها . وان كانت الفرقة بمعنى من جهة غيرها فلها النفقة . فاذا عرفنا هذا فنقول الملاعنة لها النفقة والسكنى لان الفرقة هاهنا فرقة بطلاق فكانت من قبل الزوج وكذلك المبانة بالخلع والايلاء وردة الزوج ومجامعة أمها تستحق النفقة في هذه الوجوه لأنها فرقة من قبل الزوج . وامرأة العنين اذا اختارت الفرقة فلها النفقة والسكنى وكذلك المدبرة وأم الولد اذا أعتقتا وهما عند زوج قد بوأهما بيتا فلهما النفقة والسكنى . وكذلك الصغيرة اذا أدركت واختارت نفسها . وان جاءت الفرقة من قبل المرأة في هذه لأنها ما جاءت بمعصية وكذلك اذا وقعت الفرقة بسبب عدم الكفاءة بعد الدخول فلها النفقة . والمنكوحة اذا ارتدت أو طاوعت ابن الزوج حتى وقعت الفرقة لا نفقة لها فلو أسلمت والعدة باقية لا تستحق النفقة . ولو نشزت فطلقها ثم تركت النشوز فلها النفقة ما دامت العدة باقية . والمختلعة تستحق النفقة اذا وقع الخلع مطلقا فاما اذا شرط في الخلع أن لا سكنى لها ولا نفقة فلها السكنى ولا نفقة لها فلو شرط الزوج في الخلع أن لا تكون عليه مؤونة السكنى ووجبت المرأة أن تسكن في بيت نفسها أو تلتزم بمؤونة السكنى من مالها فان كانت تسكن في بيت بكراء صح وتجب الاجرة عليها واذا

شرط في الخلع براءة الزوج من النفقة صح . واذا خالعها والمنزل منزل الزوج ينبغي أن يخرج الزوج منه ويعتزل عنها وان كان ذلك المنزل الى أن تنقضي عدتها وكذا ان كان المنزل بكراء فان استكرى لها منزلا آخر يجوز لكن الأفضل أن يتركها في المنزل الذي كانا فيه قبل الطلاق . هذا كله في الطلاق البائن . أما اذا كان رجعيا فقد ذكر الخصاف أنه يسكنها في المنزل الذي كانا فيه قبل الطلاق لأنه لا يجب على الزوج أن يعتزل عنها . الأمة اذا كانت في بيت المولى قبل الطلاق ولم تسلم الى بيت الزوج حتى طلقها الزوج ثم عادت الى بيته بعد الطلاق فلا نفقة لها عند علمائنا الثلاثة . وفرقوا بينها وبين الحرة اذا كانت ناشزة وقت الطلاق ثم عادت فانها تستحق النفقة . ولو أخرجها المولى من بيت الزوج بعد الطلاق ثم أعادها كان لها النفقة وهل للمولى أن يطالب الزوج بالنفقة مادامت معتدة ؟ ذكر الخصاف أن له ذلك ، وقال الصدر الشهيد انه ليس لها نفقة . ولو أعتق أم ولده لا نفقة لها في العدة . واذا أقر الرجل بحرمة امرأته وقد دخل بها وفرق بينهما فلها المسمى ونفقة العدة . واذا قال قد انقضت عدتك وقالت لم تنقض فالقول قولها مع يمينها فان حلفت أخذت النفقة وان نكلت صارت مقرة أن لا نفقة لها واقرارها حجة في حقها

ويسقط النفقة أعني نفقة المطلقة بما يسقط نفقة الزوجية من الارتداد في العدة والحبس بسببها والنشوز فان المعتدة اذا خرجت من بيت العدة تسقط نفقتها عندنا مادامت على النشوز فان عادت الى بيت الزوج كان لها النفقة والسكنى كما في حال قيام النكاح ذكره في الذخيرة . أو الحبس في الدين . أو الخروج الى الحج . ولو ارتدت ولم تحبس بعد ولكنها في بيت الزوج أو قبلت ابن الزوج أو ما أشبه ذلك فلا تسقط نفقتها . ولو ارتدت وحبست حتى سقطت نفقتها ثم رجعت الى الاسلام وهي في العدة فلها النفقة والسكنى . ولو كانت منكوحة والمسألة بحالها فانها لا نفقة لها ويفرق بينهما . فأما المعتدة عن طلاق رجعي اذا وطئها ابن الزوج أو قبلها وهي مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها . واذا

صالح الرجل عن نفقتها مادامت معتدة على دراهم مسماة لا يزيدها عليها حتى تنقضي عدتها ينظر ان كان عدتها بالحيض لا يجوز الصلح وان كانت بالاشهر جاز . ولو طلقها بائنا أو خالعها ثم صالحها من السكنى على دراهم فان هذا لا يجوز . ولو قال الرجل كنت طلقتها منذ سنة وانقضت عدتها وجحدت المرأة الطلاق لا يقبل قوله فان شهد شاهدان بذلك أو أقرت أنها قد حاضت ثلاث حيض في هذه السنة فلا نفقة لها عليه . فان كانت أخذت منه شيئاً ردت عليه . ولو أن مستأمناً أو ذمياً تزوج ذمية في دارنا ودخل بها وطلقها فلها النفقة في قول من يوجب على الذمية العدة . ولو أرسل اليها بالنفقة رسولا فقال الرسول قد أعطيتها اياها وجحدت هي كان القول قولها مع يمينها . ولو قال الزوج أعطيتها نفقتها وأنكرت هي الاستيفاء كان القول قولها مع يمينها . واذا كان الزوج عبدا أو مدبرا أو مكاتبا أو ولد أم الولد فعليه المهر والنفقة لزوجته سواء كانت الزوجة حرة أو مملوكة فان كان الزوج عبدا يباع في ذلك الا أن يفدي السيد . وأما المكاتب والمدبر وولد أم الولد فلا يباعون في ذلك بل يسعون فيما وجب عليهم . وعن أبي يوسف المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي اذا تزوجت ودخل بها ثم فرق بينهما فلا نفقة لها لأنها تزوجت في عدة الغير ودخل بها الزوج الثاني فعلى الأول نفقتها في الطلاق البائن بخلاف الرجعي لأن نكاحها قائم فقد فوتت على الزوج الأول بالزواج الثاني منافع البضع فصارت ناشزة فسقطت نفقتها . واذا اختلعت على نفقة العدة والسكنى تسقط نفقة العدة ويكون لها السكنى . رجل كفل للمنكوحة من زوجها بالنفقة كل شهر بكذا ثم طلقها زوجها كان للمرأة أن تطالب الكفيل بالنفقة لأن نفقة العدة بمنزلة نفقة النكاح . فرض لها القاضي نفقة العدة فلم تأخذ حتى مات أحدهما سقطت وان لم يمت أحدهما وانقضت العدة اختلفوا فيه قال الحلواني تسقط . اذا حجت المعتدة بحق عليها تسقط النفقة كالمنكوحة . تزوج بمنكوحة الغير ودخل بها فان كان لا يعلم أنها منكوحة الغير كان عليها العدة ولا نفقة لها وان كان يعلم أنها منكوحة الغير لا عدة عليها . وفي النكاح بغير شهود

اذا دخل عليها العدة على كل حال . واذا دخل على معتدته لأجل الاطلاع هل يباح له ذلك فيه روايتان . رجل طلق امرأته ثلاثاً وكتم فلما حاضت حيضتين دخل بها فحبلت ثم أقر بالطلاق كان لها النفقة عليه ما لم تضع . فرض لها القاضى النفقة فأخذت العدة أشهرا ثم شهد الشهود انها أخته من الرضاع وفرق القاضى بينهما رجع الزوج عليها بما أخذت من النفقة . أبرأت زوجها عن النفقة حين الخلع يصح ابراؤه . امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى أن تمسك الولد منه سبع سنين بالنفقة فانها تجبر على ما شرطت وليس لها أن ترد الولد حتى لو هربت وتركت الولد يرجع عليها قيمة نفقة سبع سنين . المرأة اذا كانت ناشزة ثم سافر الزوج فعادت الى منزل الزوج الذي يسكنان فيه جاءوا أنها خرجت من أن تكون ناشزة . اذا فرض لها ما لا يكفيها لها أن ترجع عن ذلك ولو فرض على الزوج زيادة له أن يمتنع هذا آخر ما اتفق من الاحكام فى نفقة المبتوتة والسكنى .

فى أمر الكسوة : اعلموا رحمكم الله أن الأصحاب رحمة الله عليهم لم يطلقوا الجواب فى الكسوة كاطلاقهم فى أمر النفقة فى العدة والسكنى بل غالب كتبهم تنطق بالنفقة والسكنى دون الكسوة كما سنذكره ان شاء الله تعالى عنهم بعباراتهم فى هذه الأوراق وفيه نظر وتفتيشه بما لم يكن يعرف قبل ذلك وان شاء الله تعالى نتبع الكلام عقب ذلك بتحرير ما يفهم من كلامهم وما يجب أن يعمل به فى ذلك فأقول وبالله التوفيق

ذكر فى الذخيرة فى نفقة المطلقات . وكما تستحق المعتدة النفقة تستحق الكسوة لأن المعنى يجمعهما وهو الحاجة غير أن فى الكتاب لم يذكر كسوتها لانها لا تبقى فى العدة مدة تحتاج الى الكسوة غالباً حتى لو احتاجت يفرض لها ذلك أيضاً . والدليل على أن المعتدة تستحق الكسوة أنها تستحق النفقة واسم النفقة كما يتناول الطعام يتناول الكسوة . قال هشام فى نوادره قال محمد النفقة ليست هى الطعام وحده قال لكن الطعام والكسوة قال فى الكتاب هذه عبارة الذخيرة . وذكر فى

شرح القدوري للزاهدي قال كما تستحق المعتدة النفقة تستحق الكسوة وانما لم يذكرها في الكتاب لأن العدة لا تطول غالباً فيستغنى عن الكسوة . وذكر في الخلاصة في الفتاوى قال هشام سألت محمداً عن النفقة قال النفقة هي الطعام والكسوة والسكنى . وذكر السروجي في شرح الهداية . ولم يذكر كسوة لعدة لأنها لا تبقى في العدة مدة يحتاج فيها الى الكسوة غالباً حتى لو احتاجت اليها يفرض لها ذلك أيضاً . قال محمد النفقة هي الطعام والكسوة ذكره عنه هشام في نوادره . وذكر في فتاوى قاضيخان : وكما تستحق المعتدة نفقة العدة تستحق الكسوة . هذه عبارة الاصحاب في الكتب المذكورة . والذي يظهر لي من ذلك أن ما ذكر في الذخيرة يقتضي أن الكسوة تجب للمعتدة لكن على وجه الحاجة اليها وذلك بطول زمن العدة لأنه قال (لأنها لا تبقى في العدة مدة تحتاج الى الكسوة غالباً حتى لو احتاجت يفرض لها ذلك) . فتبين بهذا أن الجواب في الكسوة على التفصيل لا على الاطلاق . وهو ان طالت العدة واحتاجت اليها فرضت والا فلا فالاول من منطوق الاخير والثاني من مفهوم العبارة وهو محقق النصاب كما عرف ولا يشكل قوله (وكما تستحق المعتدة النفقة تستحق الكسوة) لأنا لم نقل انها لا تستحق الكسوة بل تستحقها على وجه التفصيل الذي قدمناه . وكذا لا يشكل أيضاً قول محمد لما قلنا من عدم القول بمنع الاستحقاق . فتحرر من هذا أن المرأة اذا ادعت الطلاق وطلبت الكسوة لا يلزم الزوج بها في الحال بل ينظر الى زمن عدتها هل هو بالحيض أم بالاشهر واذا كان بالحيض وهي ممن لا تحتاج فيها الى الكسوة لا يفرض لها كسوة ولا يحبس الزوج فيها لأن العدة قصيرة لا تحتاج فيها الى الكسوة . وان كانت عدتها بالأشهر فلا يخلو اما ان كانت ممن تنقضي عدتها بثلاثة أشهر كالآيسة والصغيرة التي هي غير مراهقة وليست محتاجة فلا تجب لها الكسوة وان كانت ممتدة الطهر ويحتمل أن يكون من حمل أو امتداد طهر حتى طال زمن العدة وتحتاج الى الكسوة فيه تفرض لها الكسوة وتبقى كزمن الزوجية . وهذا هو الذي لحظوه بقولهم لانها لا تبقى في العدة مدة تحتاج الى الكسوة أي لما كان زمناً قصيرا

لم تجب لهم مشبهة زمن النكاح اذ الأصل فى ايجاب النفقة والكسوة فى العدة اعتبارها بحالة النكاح قبل الطلاق فلهذا قالوا لاتستحق من العدة مدة يحتاج فيها الى الكسوة غالبا . والذى ذكره الزاهدى من قوله فيستغنى عن الكسوة مؤيد لما حررناه فى التفصيل من الحاجة وعدمها وهو أصرح فى الباب من غيره . والذى ذكره السروجى يحمل على هذا أيضا. وكذا ما أطلق من العبارة ككلام قاضيخان وغيره يحمل على هذا التفصيل . وهذا الذى خطر لى فى هذه المسألة لم أسمعه من أحد قبل جمع هذا الكتاب ولانظر فيه قاضيخان نظر محقق بل كل من أدركناه من الفضلاء كانوا يحبسون الرجل فى كسوة العدة متى طلبتها المطلقة سواء طالت المدة أوقصرت احتاجت أم استغنت من غير تفصيل وهو موضع مشكل والله اعلم

مسألة

نفقة تجب للرحم المحرم على قريبه الذى — قال علماؤنا النفقة تجب لرحم المحرم على قريبه متى ذكان فقيرا صغيرا أوكانت المرأة بالغة فقيرة وكان الذكر بالغا فقيرا زمنا أو أعمى أو مقعدا أو أشل اليدين لا ينتفع بهما أو معتوها أومفلوجا أو مجنونا

الكلام فى هذه المسألة يقع فى مواضع : فى بيان صفة من تجب عليه هذه النفقة وفى بيان صفة من تجب له وفى بيان ماتجب به وفى بيان قدر المفروض وفى بيان مايسقطها . وفى بيان تحصينها من السقوط اذا وجبت

أما الاول فنعلم أن الكلام فى هذه المسألة يقع فى موضع مختص بنفقة القريب الذى هو غير الولد والوالد لأنه هو الموضع الذى فيه اختلاف أهل العلم وهو من خصائص مذهب اصحابنا رحمهم الله فنقول . اما بيان صفة من تجب عليه هذه النفقة فهو كل ذى رحم محرم على ماياتى بيانه بشرط اليسار والغنى وان كان قادرا على الكسب فحد هذا اليسار الذى يتعلق به وجوب هذه النفقة اختلف فيه .

فروى ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف أنه اعتبر فيه نصاب الزكاة حتى قال لو كان معه مائتا درهم الا درهما وليس له عيال وله أخت محتاجة لا أجبره على نفقتها وان كان يعمل بيده ويكتسب فى الشهر خمسين درهما فروى هشام عن محمد أنه قال اذا كان له نفقة شهر وعنده فضل نفقة شهر له ولعياله أجبره على نفقة ذى الرحم وقال محمد اما من ليس له شىء وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفى منه بأربعة دوانق فانه يرفع لنفسه ولعياله ما يتسع به وينفق فضله على من يجبر على نفقته . والفتوى على قول أبى يوسف . وكذا اشتراط الدين أيضا حتى لا تجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم . وسواء كان من يفرض عليه هذه النفقة كبيرا أو صغيرا اذا وجدت فيه هذه الشروط التى ذكرناها من القرابة والمحرمية والغنى والدين حتى يفرض على الصبى والصبية نفقة قريبهما فى ماليهما ويؤمر الولى بالدفع

وأما بيان من تجب له هذه النفقة فهو من كان ذا رحم محرم وهو الضابط عندنا . واحراز الارث ليس بشرط حتى وجبت على الخال والخالة والعم والعمة دون ابن العم والميراث له . وان يكون فقيرا معسرا . ثم لا يخلو اما ان كان صغيرا أو كبيرا بالغا . فان كان صغيرا فيشترط فيه الفقر خاصة سواء كان ذكرا أو أنثى . وان كان كبيرا بالغا فلا يخلو اما ان كان ذكرا أو أنثى . فان كان ذكرا فيشترط فيه مع الفقر أن يكون اما زمنا أو أعمى أو مقعدا أو مفلوجا أو أشل اليدين أو مقطوع الرجلين أو اليدين أو مفقوء العينين او معتوها او مجنونا او كان به علة من العوارض تمنعه من الاكتساب . حتى لو كان صحيحا مكتسبا لا يقضى له بالنفقة على غيره فحينئذ تجب له النفقة وان كان بالغا . وان كان أنثى فيشترط فيها ما اشترطنا فى الصغير والصغيرة وهو الفقر خاصة . ثم اختلف فى حد المعسر الذى يستحق هذه النفقة . قيل هو الذى يحل له الصدقة ولا تجب عليه الزكاة . وقيل هو المحتاج والذى له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر فيه اختلاف الرواية فى رواية لا يستحق حتى لو كانت أختا لا يؤمر الأخ بالانفاق عليها . وكذا لو كانت بنتا أو اما وفى رواية يستحق وهو الصواب .

وأما بيان ما تجب به : فاعلم أنه ذكر فى الذخيرة ما صورته : الأصل أن القضاء على الغائب باطل وإيفاء حق وجب على الغائب من ماله جائز . والقضاء بنفقة الوالدين والمولودين والزوجة إيفاء لما وجب على الغائب وليس بقضاء على الغائب لأن القضاء إيجاب ما لم يكن واجبا قبل القضاء . ونفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء حتى إذا ظفر واحد من هؤلاء بجنس حقه كان له الأخذ من غير رضاء ولا قضاء . فأما نفقة سائر الأقارب لا تجب إلا بالقضاء أو بالرضاء حتى لو ظفر واحد من الأقارب بجنس حقه لم يكن له الأخذ بقضاء أو رضاء . فلما كانت نفقة الوالدين والمولودين والزوجة واجبة قبل القضاء كان القضاء من القاضى إيفاء لما وجب عليه لا إيجابا مبتدأ فجاز . أما نفقة الأقارب لما لم تكن واجبة قبل القضاء كان القضاء من القاضى إيجابا مبتدأ والقضاء على الغائب باطل . وذكر السروجى فى شرح الهداية على قوله «ولا يقضى بنفقة فى مال الغائب إلا لهؤلاء» وجه الفرق أن نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم أن يأخذوها إذا ظفروا بها فكان قضاء القاضى إعانة لهم لا إيجابا وأما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء لأنه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز . وفى شرح أدب القاضى للخصاف قال . الفرق بين نفقة الزوجة والأولاد والوالدين وبين نفقة المحارم أن نفقة الزوجة والأولاد والوالدين متفق عليها فلم يكن الإنفاق قضاء على الغائب بل يكون إعانة لهم على أخذ حقهم . فأما نفقة المحارم فمختلف فيها فإنما تجب بالقضاء فيكون الإنفاق قضاء على الغائب والقاضى لا يقضى على غائب ليس عنه نائب . هذه عباراتهم . فتبين بهذا الذى ذكرناه أن النفقة على الأقارب لا تجب إلا بقضاء القاضى أو بالرضا ولهذا جعلناه قسما فى أصل المسألة . وهو مشكل من حيث إنهم جعلوا القاضى نفسه هو الذى أوجب هذه النفقة ابتداء وليست له هذه الولاية ولم لا قيل إن الوجوب ثبت بقوله تعالى «وعلى الوارث مثل ذلك» فقضاء القاضى إعانة كما فى نفقة الأولاد كيف وأنهم استدلوا فى أصل المسألة بهذه الآية على وجوب نفقة الأقارب . وكان ينبغى أن يكون الحكم فى فرض النفقة

في مال القريب الغائب أيضاً كما في نفقة الأولاد لأنه ثبت بقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) وعلى كلمة إيجاب فيثبت الإيجاب له كما ثبت للأولاد. ولا ينكر على هذا الاختلاف أصلاً لأن المسائل الخلافية يعمل فيها على الاختلاف ولا يكون الاختلاف مؤثراً في عدم القول بذلك كان واحد فيعمل اجتهاده كما قلنا في نفقة الزوجة أنه يقضى لها باعتبار أنها ثابتة قبل القضاء والقضاء إعانة لا أن نفس القاضي هو المثبت لها وكذا في المسائل الخلافية ولم يظهر لي الموجب لإلزام من هذا. وقد استشكل السروجي رحمه الله ما استشكلته وقال القاضي ليس بمشرع وما ذلك إلا للنبي عليه السلام وانقطع من بعده وهو مشكل جداً. وأما بيان القدر المفروض فنقول. مقدار الواجب من نفقة الأقارب مقدر بالكفاية لأنها تجب للحاجة ويتقدر قدرها من الأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع إن كان رضيعاً ومن كان المنفق عليه له خادم يحتاج إلى خدمته فيفرض نفقته لأنه من جملة الكفاية

وقد بين ما يسقطها. فنعلم أن القاضي إذا فرض هذه النفقة ومضت مدة ولم يأخذها المفروض له فإنها تسقط. ومن هنا فارق نفقة الزوجات. وكذا إذا أذن القاضي بالاستدانة ولم يستدن ومضت مدة فإنها تسقط أما إذا استدان بأمر القاضي فإنه يرجع المدين على المفروض عليه ولا يكون مضي المدة مسقطاً لما استدان. وهذا معنى قول صاحب الهداية «إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عنه» أي ويستدين. ولقد غلط بعض الفقهاء في فهم كلام صاحب الهداية وقال إذا أذن القاضي بالاستدانة ولم يستدن فإنها لا تسقط وهذا غلط. بل معنى الكلام إذا أذن القاضي في الاستدانة واستدان أما مجرد الإذن من غير استدانة لا يكون محصناً لها من السقوط وهكذا ذكره الشيخ حافظ الدين وصرح بما قلنا. وكذا نص عليه السغناقي وقال أي لا يسقط نفقة دين الاستدانة. وهذا القسم هو الذي ذكرناه أولاً أنه يحصن النفقة من السقوط. ويجب أن يعلم أن الحال في القرابة الموجبة لهذه النفقة لا يخلو: إما أن كان حالة انفراد أو حالة اجتماع فإن كانت حالة انفراد فإن لم يكن هناك من تجب عليه نفقته إلا واحد وجب كل النفقة عليه عند استجماع شرائط الوجوب كما

ذكرنا . وان كانت حالة الحاجة فالأصل أنه متى اجتمع الأقرب والأبعد فإن النفقة على الأقرب في قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم . والمعتبر قرب القرابة والمحرمية لا الارث حتى لو كان له بنت بنت أو أسفل منها وله أخ لأب وأم كانت نفقته على ولد ابنته ذكرا كان أو أنثى وان كان الميراث للأخ دون أولاد الميت . ذكره في أدب القاضي للخصاف . فإن كان الأقرب معسرا والأبعد موسرا فاعلم أن عبارات الأصحاب اختلفت هنا : فقال في السادس لو كان له ابن وابن ابن والابن معسر وابن الابن موسر فالنفقة على الابن اذا لم يكن زمنا لأنه هو الأقرب ولا سبيل الى ايجاب النفقة على الأبعد مع قيام الاقرب الا أن القاضي يأمر ابن الابن بأن يؤدي عنه على أن يرجع عليه اذا أيسر فيصير الأبعد نائبا عن الاقرب . وذكر في موضع آخر قال : والأصل في هذا أن كل من كان يحوز جميع الميراث وهو معسر يجعل كالميت واذا جعل كالميت كانت النفقة على الباقين على قدر مواريثهم وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل كالميت فكانت النفقة على قدر مواريث من يرث معه . بيان هذا الأصل : رجل معسر زمن عاجز عن الكسب وله ابن معسر عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة اخوة متفرقين فنفقة الأب على أخيه لأبيه وأمه وعلى أخيه لأمه أسداسا سدس النفقة على الأخ لأم وخمسة أسداسها على الأخ لأب وأم . ونفقة الولد على الأخ لأب وأم خاصة لأن الابن يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الأب على الأخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الأب هكذا . فأما الابن فيرثه العم لأب وأم لا العم لأب ولا العم لأم فكانت نفقته على عمه لأب وأم اهـ وذكر في شرح أدب القاضي للخصاف قال واذا اجتمع الموسرون والمعسرون حتى وجبت النفقة على الموسرين يعتبر المعسرون أحياء في حق اظهار قدر ما يجب على الموسرين ثم يجب الكل على الموسرين . بيانه اذا كان للصغير أخت لأب وأم وأخت لأب وأخت لأم والأخت من الأبوين والأم موسرتان والأختان الأخريان معسرتان فكل النفقة تجب عليهما لكن على أربعة أسهم ثلاثة أسهم على الأخت لأبوين وسهم

على الام ولا يلحق الاختان بالأموات ، بل يعتبران لاظهار التعصيب ثم يسقط
نصيبهما لعسرتهما . وانما يلحق بالاموات من يكون مع الموسر حجباً لإرث
منهم أما اذا كان يرث لا يلحق بالاموات بل يعتبر لاظهار التعصيب ثم يسقط
نصيبه لعسرته . وذكر في المحيط قال الاصل اذا اجتمعت الورثة الوارثون وبعضهم
موسرون وبعضهم معسرون حتى وجبت النفقة على الموسرين يجعل المعسرون
كالميت في حق الاستحقاق ولكن لا يجعل كالميت في حق اظهار حق الباقين
عند الحاجة الى القسمة على المعسرين فيظهر نصيب المعسر ثم يسقط نصيبه لعسرته
فلا يلحق بالاموات بل يجعل منهم ثم يسقط نصيبه لعسرته وعلى الآخرين كل
النفقة بقدر ميراثهم . وذكر المسألة التي ذكرها الخصاف . هذه عبارة الاصحاب
قلت : وحاصل هذا أنه لا يخلو اما ان كان المعسر القريب ذو الرحم المحرم يحوز جميع
الميراث أم لا . فان كان يحوز جميع الميراث يجعل كالميت كالعم مع الخال والاخ
العصبة مع الخال فانه اذا كان العم معسرا كانت النفقة عليهم تجعل انهم كالميت
وان كان بعض الورثة معسرين وبعضهم موسرين كالمسألة التي ذكرها الخصاف
فان المعسرين يجعلون احياء في حق اظهار قدر ما يجب على الموسرين وتفرض
كل النفقة عليهم أمواتا في استحقاق المفروض له كل النفقة على بقية الورثة
الموسرين . وانما كان كذلك لان هذه النفقة لا تجب الا على القريب الموسر
لا المعسر فاليسار شرط فيها . فالمعسرون لا شيء عليهم فبقي الموسرون ولهذا أوجبناها
بمجموعها عليهم ثم احتجنا الى قسمها وتوزيعها عليهم وليس لنا دليل لذلك سوى
الميراث فقدرنا كأن المفروض له قد مات الآن وهنا من الورثة الام والاخت
الشقيقة والاخت من الاب والاخت لام فمسألتهم من ستة للام السدس سهم
وللاخت الشقيقة النصف وهو ثلاثة أسهم وللاخت من الاب السدس سهم والباقي
وهو سهم للاخت من الام . فحصة المعسرين صار في حقهما ثلث النفقة وخص
الام والاخت الشقيقة اربعة أسهم سهم للام وثلاثة للاخت الشقيقة في مقابلتهما
ثلثا النفقة فنظرنا في ذلك فوجدنا الاختين المعسرتين ليس عليهما شيء من النفقة

نصيبهما فسقط ما خص سهامهما منها ثم نظرنا فوجدنا الأخت الشقيقة والأم موسرتين وقد خصهما أربعة أسهم ثلاثة للأخت وسهم للأم فقدرنا الثلاثة على سهامهما ربعها على الأم وثلاثة أرباعها على الأخت وهذا معنى قول الأصحاب إن المعسرين من الورثة المشاركين للموسرين أحياء في حق اعتبار القسمة أموات في حق الاستحقاق . ولا يقال فينبغي ألا تسقط حصة المعسرين أصلا ولا يرد ما قابلها من النفقة على الموسرين لأن فيه إجحافاً بهم لأنا نقول الواجب على الموسرين كفاية الفقير القريب الصغير أو الفقير العاجز الكبير وبعض الكفاية إذا حصل منهم يكون فيه إجحاف بالمفروض له وينتقص من حقه ولا إجحاف بالموسرين لأنه هو الواجب عليهم . وقد فرض عليهم ما وجب عليهم شرعاً لم يكن فيه إجحاف وإذا دار الأمر بين أن ينظر إلى جانبهم كما ذكرته وبين أن ينظر إلى جانب المفروض له كما ذكرنا فالنظر إلى جانب المفروض له أولى لأنا لم نجحف بأحد أما بالموسرين فلأنا أوجبنا عليهم القدر المفروض شرعاً وليس في إيجابه إجحاف . وأما المفروض له فقد فرضنا له حقه من غير زيادة فلم يكن فيه شطط ولا مراعاة له . وهذا الذي قررناه وبسطنا الكلام فيه يحسن جواباً عن السؤال الذي ذكرناه في كتاب (الاختلافات الواقعة في المصنفات) وبالله التوفيق

« مسألة »

التدبير نوعان مطلق ومقيد . قال علماؤنا رحمة الله عليهم التدبير نوعان مطلق ومقيد فالمطلق نحو أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقاً . وله ألفاظ منها ما يكون بصريح اللفظ مثل أن يقول أنت مدبر وقد دبرتك . وقد يكون بلفظ التحرير والإعتاق يقول أنت حر بعد موتي أو حررتك بعد موتي أو أنت معتق أو عتيق بعد موتي وأعتقتك بعد موتي : وكذا أنت حر عند موتي أو مع موتي أو في موتي وقد يكون بلفظ اليمين نحو أن يقول إن مت فأنت حر وإذا مت أو متى مت أو إن حدث بي حدث أو إذا حدث أو متى حدث وكذا إذا ذكر في هذه الألفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك . ولو إن مات فلان فأنت حر لا يكون مدبرا لأنه تعليق بشرط لا تدبير فصار بمنزلة سائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد . ولو إن مت وفلان فأنت حر أو أنت حر بعد موتي وموت فلان أو بعد موت فلان وموتي

لا يكون مدبرا الا ان يكون فلان مات قبله فيصير حينئذ مدبرا

ثم اعلم انه لا يصح التدبير الا بعد صدوره ممن هو من أهل اعتاقه الى محله . ولا يصح الا فى الملك سواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت أو مضافا الى الملك أو سبب الملك نحو أن يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فأنت حر أو ان اشتريتك فأنت حر . وان يكون مطلقا بموت المولى لا بموت غيره .

وحكم هذا التدبير نوعان نوع يرجع الى حال المدبر فى حياته ونوع يرجع الى ما بعد موته . فالذى يرجع الى حياته فهو ثبوت حق الحرية للمدبر فى الحال . وكل تصرف يبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز . وفى الذخيرة كل تصرف يقع على الرق نحو الاجارة والاستخدام والتزويج لا يمتنع فى المدبر والمدبرة . وكل تصرف لا يبقى فى الملك نحو البيع والامهار يمتنع فى المدبر والمدبرة وهذا لان المدبر باق على حكم ملك المولى الا انه انعقد سبب حريته فى حقه فكل تصرف يبطل هذا السبب يمتنع المولى عنه صيانة لحق المدبر عن البطلان وكل تصرف لا يبطل هذا السبب فالمولى يكون مطلقا فيه لحكم ثبات رقه . اهـ .

والأجرة للمولى والمهر والعقر وكسبه والغلة للمولى لانها بدل المنافع والمنافع ملكه ولا يتعلق الدين برقبته بل يتعلق بكسبه ويستوفى بالسعاية . وجنايته على المولى وهو الأقل من قيمته ومن أرشها . ويجوز اعتاقه وتجوز كتابته . وولد المدبرة من غير سيدها مدبر يعتق بعتقها ويرق برقها . ولو اختلف المولى والمدبرة فى الولد فقال المولى ولدته قبل التدبير وهو رقيق وقالت بعد التدبير وهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه على علمه لان الولادة ليست فعله ولا سببه . والنوع الذى يرجع الى ما بعد موت المدبر فهو عتق المدبر يكون من ثلث المال فان كان يخرج كله من الثلث يعتق كله وان لم يكن له مال آخر سواه يعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة . وان كان على المولى دين يسعى فى جميع قيمته لقضاء دين المولى لان الدين مقدم على الوصية . ومنه الولاء . واعلم أن ولاء المدبر للمدبر لانه المعتق ولا ينتقل هذا الولاء عن المدبر وان عتق المدبر من جهة غيره كمدبر بين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر وضمن فيه نصيب شريكه عتق المدبر وله نصف الولاء . واعلم ان المملوك اذا ادعى التدبير على سيده بين يدى القاضى وأنكر السيد فأقام المدبر البينة بالاعداد قبلت بينته . ولا بد

من الدعوى من جهة المملوك في قول أبي حنيفة خلافا لهما حتى لو قامت البينة بلا
دعواه وأنكر التدبير ولم يدعه ووافقه المولى على الانكار لا تقبل البينة عند أبي
حنيفة وعندهما تقبل هنا في العبد والأمة . وفي العتق تقبل بينة الاعتاق من غير
دعوى الأمة بالاجماع . وفي تدبيرها القول على الخلاف لأن تدبير الأمة لا يوجب
تحريم الفرج فلم تكن الشهادة قائمة في حق الله تعالى : ولو شهد الشهود أنه دبر أحد عبديه
بغير عينه في الصحة فالشهادة باطلة في قول أبي حنيفة وعندهما تقبل ويجبر على البيان

وأما التدبير المقيد فهو أن يقول المولى لعبده ان مت من مرضي هذا أو في
سفري هذا فأنت حر فهذا التدبير لا يمنع جواز البيع ولكن اذا لم يبعه ووجد الشرط
يعتق كما يعتق في التدبير المطلق . ولو قال لعبده أنت مدبر على ألف فقبل فهو مدبر
والمال ساقط اذا مات المولى وعتق العبد . أما المدبر المطلق أو المقيد كذا كسبهما
كان في يده من المال وعتق فهو ملك المولى . ولو أوصى بوصية صحت ثم ينظر ان
خرجت الوصية ورقبته من الثلث كان له ذلك وان لم تخرج من الثلث فيصرف الثلث
كله الى الرقبة فاذا فضل الثلث عن الرقبة تصرف الوصية الى الزيادة سواء كانت
الوصية بعين أو بثلث مرسل . ولو قال لعبده أنت حر قبل موتي بشهر ثم مات بعد شهر
قال بعضهم يعتق من ثلث ماله وقال بعضهم من جميع المال وهو الصحيح كتب في
في وصيته أن عبده فلانا حر بعد موته ولم يسمع ذلك منه أحد ثم مات وجحدت
ورثته تدبيره يستحلف الورثة على علمهم فان أقر الوارث بما كان في الوصية عتق العبد
اذا كان يخرج من الثلث ويلزمه السعاية فيما زاد على الثلث ان كان لا يخرج . ولو كان
على المولى دين محيط فانه يعتق ويسعى في جميع قيمته واختلفوا في قيمته . قال بعضهم
قيمة المدبر قيمته لو كان قنا . وقال بعضهم ثلثا قيمته لو كان قنا . وقال بعضهم ينظر بكم
يستخدم مدة عمره من حيث الحزر والظن فيجعل قيمته ذلك . وقال الفقيه أبو الليث
قيمة المدبر نصف قيمته لو كان قنا وهكذا ذكر خواهر زاده . ولو كان التدبير مقيدا
يقوم قنا . ذكر هذا كله [illegible] . رجل قال لعبده لا سبيل لي عليك بعد موتي
قالوا يصير مدبرا . قال لمملوكه اخدم ورثتي بعد موتي سنة ثم أنت حر فمات بعض

للورثة قال بعضهم اذا مضت السنة من وقت الموت يعتق . رجل قال لأمته عند الوصية اذا خدمت ابني هذا وابنتي هذه حتى يستغنيا فانت حرة قالوا ان كان الابن والبنت كبيرين تخدمهما حتى تتزوج البنت والابن . وان كانا صغيرين فتخدمهما حتى يدركا لأن استغناءهما يكون عند ماقلنا وان كانا كبيرين فتزوجت الابنة وبقي الابن تخدمهما جميعا لان شرط العتق خدمتهما حتى يستغنيا فلا تعتق عند استغناء احدهما . وكذا لو كانا صغيرين فادرك أحدهما تخدمهما جميعا حتى يدرك الاخر . فاذا مات احدهما قبل ذلك بطلت الوصية لوقوع اليأس . رجل قال لعبدين له أحدكما حر بعد موتي وله وصية مائة درهم ثم مات عتقا ولهما وصية مائة درهم بينهما لأنه لما ملك شاع العتق فيهما جميعا فشاع الوصية . ولو قال لكل واحد منكما مائة درهم بطلت احدى المائتين لان أحدهما عبد . رجل قال كل مملوك لي بعد موتي حر فما كان في ملكه يوم المقالة يكون مدبرا وما يملكه بعد ذلك لا يكون مدبرا . رجل قال اذا ملكت فلانا فهو حر بعد موتي فملكه كان مدبرا

مسألة

اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح : قال علماؤنا رحمهم الله تعالى اسلام الصبي العاقل صحيح اتفاقا وارتداده صحيح عند أبي حنيفة ومحمد ولا يقتل ، وعند أبي يوسف والشافعي لا تصح ردته وانفرد الشافعي بانه لا يصح اسلامه أيضا . ثم قول أصحابنا اسلام الصبي الذي يعقل أو العاقل هل هذا العقل مقدر بمدة من العمر أم لا ؟ لم أر أحدا قدره بمدة . وانما الذي ذكروه فيه مانقله الشيخ جلال الدين الخبازي في الحاشية على الهداية فقال « قوله الصبي الذي يعقل » أي يعرف أن الاسلام سبب النجاة ويميز الخبيث من الطيب والحلو من المر كذا قال في جامع السرخسي فاذا أسلم صح » هذه عبارته . وفي المحيط اسلام الصبي العاقل صحيح ولم يفسر وانما ذكر في الردة قال . ارتداد الصبي المراهق تصح ردته عندهم ولا يقتل وعند أبي يوسف والشافعي لا تصح وفيه شيء . لأن بقية الاصحاب لم ينصوا على

المراهق ولا تصوروا الخلاف فيه وإنما تصوروه في الذي يعقل فبقي فيه نوع لبس لأن ردة العاقل الذي ليس بمراهق أنها لا تصح اتفاقا ويحتمل أن قول الأصحاب الذي يعقل المراد به المراهق ويلزم منه محذور آخر وهو أن تكون المراهقة أيضا معتبرة في إسلامه فإن صاحب الهداية جمع في اللفظ وقال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد وإسلامه إسلام. فإن فسرنا العقل بالمراهقة تفسر الإسلام بها أيضا وفيه نظر. واعلم أن الارتداد ربما يقع عن الإسلام أن يقول برئت من الإسلام أو دخلت في النصرانية أو يقول تركت دين الإسلام ودخلت في اليهودية أو مجوسية أو قال برئت من الإسلام أو برئت من دين الإسلام أو أنا بريء من محمد صلى الله عليه وسلم وإن كذب بأحد من الأنبياء أو نقص أحدا من الأنبياء أو جحد أن الله خالقه أو ربه أو كذب بالجنة أو النار أو بالحساب كان مرتدا وبانت منه امرأته فإن لم يتب قتل فإن قال تبت يقال له أن يقول أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا رسول الله ويقر بما جاء من عند الله ويتبرأ من الذي ينتحل فإذا قال ذلك فقد تاب فإن عاد إلى الردة ثانيا وطلب التأجيل أجل وكذا في الثالثة وفي الرابعة يقتل من غير تأجيل فإذا أسلم قبل إسلامه وضرب ضربا وجيعا ويحبس ولا يخرج حتى يظهر عليه خشوع التوبة وقيل الرابعة إذا أسلم لا يضرب ولا يحبس، ذكر ذلك في الروضة الناطفي: هذا فيما يتعلق بالارتداد سواء كان كبيرا أو صغيرا يعقل على الخلاف الذي فيه وأما ما يتعلق بالإسلام فاعلم أن اليهود والنصارى الذين بين أظهرنا إذا قال الواحد منهم أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله لا يحكم بإسلامه حتى يتبرأ عن دينه الذي كان عليه بأن يقول أنا بريء من النصرانية إن كان نصرانيا ومن اليهودية إن كان يهوديا ومع ذلك يقول دخلت في الإسلام لأن من اليهود من يقر برسالة النبي صلى الله عليه وسلم إلا أنه يقول إنه كان رسولا إلى العرب لا إلى بني إسرائيل فلا يصير مسلما بإقراره بالرسالة وبالوحدانية لله تعالى حتى يتبرأ من دينه ويقر أنه دخل في الإسلام. ولو قال اليهودي أو النصراني أنا مسلم أو أسلمت لا يحكم بإسلامه. وعن الحسن بن زياد إذا قال الرجل يعني أسلم فقال أسلمت كان إسلاما لأنه خاطبه بجواب ما كلمه به فيكون إسلاما. ولو قال

اليهودي أو النصراني لا إله إلا الله محمد رسول الله فقد رأيت من اليهود قوماً يقولون ذلك دخلت في الإسلام لا يحكم بإسلامه حتى لو مات لا يصلى عليه . ذكر ذلك قاضيخان في الفتاوى وغيره . وذكر في الذخيرة . إذا قال اليهودي أو النصراني أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله لا يحكم بإسلامه ما لم يقل تبرأت عن ديني ودخلت في دين الإسلام . وإنما شرط محمد رحمه الله التبرؤ عن دينهم ودخولهم في الإسلام لأن اليهودي قد يتبرأ من اليهودية ويدخل في النصرانية والمجوسية فيجوز أن يتبرأ عن اليهودية ليدخل في النصرانية لا في الإسلام فلا يحكم بإسلامهم ما لم يقروا بالدخول في الإسلام . وكذلك لو قال برئت من ديني وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله لا يصير مسلماً . وعن بعض المشايخ إذا قيل لنصراني أمحمد رسول الله حق . قال نعم لا يصير مسلماً وهو الصحيح لأنه يمكنه أن يقول يقول إنه رسول الله بحق إلى العرب والعجم لا إلى بني إسرائيل . فإن قيل يجب أن لا يحكم بإسلام اليهودي والنصراني وإن أقر برسالة محمد وتبرأ عن دينه ودخل في الإسلام ما لم يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله ويقر بالبعث وبالقدر خيره وشره من الله تعالى فإن هذا من شرائط الإسلام قلنا الإقرار بهذه الأشياء إن لم يوجد نصاً فقد وجد دلالة لأنه لما أقر بدخوله في الإسلام فقد التزم جميع ما كان شرط صحة الإسلام وكما يثبت ذلك بالتصريح يثبت بالدلالة . ولو قال اليهودي أو النصراني إنه مسلم أو قال أسلمت لا يحكم بإسلامه لأنهم يدعون ذلك لأنفسهم فإن المسلم هو المستسلم للحق المنقاد له وهم يدعون أن الحق ما هم عليه فلا يكون مطلق هذا اللفظ دليل الإسلام في حقهم . وفي مجموع النوازل إذا قال أنا مسلم مثلك يصير مسلماً . وإذا قال الحربي الذي ليس من أهل الكتاب لا إله إلا الله محمد رسول الله يصير مسلماً . هذه عبارة الذخيرة وذكر في الفتاوى الظهيرية اليهود والنصارى الذين اليوم بين أظهر المسلمين إذا قال واحد منهم أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله لا يكون مسلماً لأنهم يقولون هذا غير أنهم إذا استفسروا قالوا محمد رسول الله بعث إليكم لا إلينا فلا يكون هذا دليل إسلامه حتى يضم إليه التبرؤ فإن كان نصرانياً قال وأتبرأ من النصرانية وإن كان

يهوديا قال وأتبرأ من اليهودية فحينئذ يكون مسلما لاظهاره ما يخالف اعتقاده .
وذكر في البدائع قال : الكفرة أصناف أربعة . صنف منهم ينكرون الصانع أصلا
وهم الدهرية المعطلة . وصنف منهم يقرون بالصانع وينكرون توحيده وهم الوثنية
والمجوس . وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده وينكرون الرسالة رأساً وهم
قوم من الفلاسفة . وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده والرسالة في الجملة
لكنهم ينكرون رسالة رسولنا صلى الله عليه وسلم وهم اليهود والنصارى : فان كان
من الصنف الأول أو الثاني فقال لا إله الا الله يحكم باسلامه لأن هؤلاء يمتنعون
عن الشهادة أصلا فاذا أقروا بها كان ذلك دليل ايمانهم . وكذلك اذا قال أشهد أن
محمداً رسول الله لأنهم يمتنعون عن كل واحدة من كلمتي الشهادة فكان الاتيان
بواحدة منهما أيتهما كانت دلالة الايمان : وان كان من الصنف الثالث فقال لا إله
الا الله لا يحكم باسلامه لأنه منكر الرسالة ولا يمتنع عن هذه المقالة . ولو قال أشهد
أن محمداً رسول الله يحكم باسلامه لانه يمتنع عن هذه الشهادة فكان الاقرار بها
دليل الايمان : وان كان من الصنف الرابع فاتى بالشهادة فقال لا إله الا الله محمد
رسول الله لا يحكم باسلامه حتى يتبرأ عن الدين الذي هو عليه من اليهودية
والنصرانية لأن من هؤلاء من يقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم لكنه يقول
بعث الى العرب دون غيرهم فلا يكون اتيانه بالشهادتين بدون التبرؤ دليلا على
ايمانه . وكذا لو قال يهودي أو نصراني أنا مؤمن أو مسلم أو قال آمنت أو أسلمت
لا يحكم باسلامه لأنهم يدعون أنهم مؤمنون ومسلمون وأن الايمان والاسلام هو
الذي هم عليه . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه اذا قال اليهودي أو النصراني أنا
مسلم أو قال أسلمت سئل عن ذلك أي شيء أردت به فان قال أردت به ترك
اليهودية أو النصرانية والدخول في دين الاسلام يحكم باسلامه حتى لو رجع عن
ذلك كان مرتدا . وان قال أردت بقولي أسلمت أني على الحق ولم أرد بذلك الرجوع
عن ديني لم يحكم باسلامه . وذكر في المحيط قال باب ما يصير به الكافر مسلما .
الكافر اذا أقر بخلاف ما اعتقد يحكم باسلامه . ثم الكافر على ثلاثة ضروب .

عبدة الاوثان وعبدة النيران . والمشرك فى الربوبية المنكر الواحدانية كالثنوية ، والمقر بالوحدانية المنكر للرسالة كاليهود والنصارى فالجاحد للربوبية والمشرك فيها اذا قال لا إله الا الله يحكم باسلامه . وكذا لو قال أشهد أن محمداً رسول الله أو قال أسلمنا أو آمنا بالله لانه أتى بما هو مخالف لاعتقاده . وأما المقر بالوحدانية المنكر للرسالة أصلا من أهل الكتاب كاليهود والنصارى اذا قال لا إله الا الله لم يكن مسلما حتى يقول وأشهد أن محمداً رسول الله لأنهم كانوا يجحدون الرسالة فلم يروا بخلاف ما اعتقدوا فاذا شهد برسالة محمد صلى الله عليه وسلم يكون مسلما . ومنهم من يقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم ولكنهم يزعمون أنه رسول الى العرب لا الى بنى اسرائيل كما فى بلاد العراق . فمن يقر منهم أن محمدا رسول الله لا يكون مسلما حتى يتبرأ من دينه مع ذلك ويقر أنه دخل فى الاسلام ولو قال برئت من اليهودية أو النصرانية ولم يقل مع ذلك دخلت فى الاسلام لا يحكم باسلامه لأنه يحتمل أنه برئ من اليهودية ودخل فى النصرانية أو على عكسه فاذا قال مع ذلك ودخلت فى الاسلام فحينئذ يزول هذا الاحتمال . وقال بعض مشايخنا اذا قال دخلت فى الاسلام يحكم باسلامه وان لم يتبرأ مما كان عليه لأن فى لفظه ما يدل على دخول حادث منه فى الاسلام وذلك غير ما كان عليه فاستدللنا بهذا اللفظ أنه تبرأ عما كان عليه . وذكر فى الفتاوى البرهانية وتعرف بالتتمة قال : أما اليهود والنصارى الذين بين ظهرانى المسلمين اذا قال أحد منهم أشهد أن لا إله الا الله وأن محمدا رسول الله لا يكون مسلماً بهذا لأنهم جميعا يقولون هذا حتى لا يوجد نصرانى ولا يهودى عندنا الا قال هذه الكلمة واذا استفسر قال رسول الله اليكم لا الى بنى اسرائيل ويستدلون عليه بقوله تعالى « هو الذى بعث فى الاميين رسولا منهم » والاميون غير أهل الكتب ولا يكون هذا دليل اسلامه حتى يضم اليه التبرؤ . فان كان نصرانياً قال وأتبرأ من النصرانية وان كان يهوديا قال وأتبرأ من اليهودية فحينئذ يكون مسلما لاظهاره ما يخالف اعتقاده . وفى سير المنتقى عن ابى حنيفة . اذا قال النصرانى اشهد ان لا اله الا الله وان محمداً

عبده ورسوله وأنا مسلم أو بدأ بقوله أنا مسلم وثنى بالشهادتين فهذا ليس بإسلام حتى يتبرأ من النصرانية . وذكر في شرح مختصر الطحاوي للاسبيجابي في كتاب المرتد منه قال سئل أبو يوسف رحمه الله عن المرتد كيف يستتاب فقال يقول أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويقر بما جاء به محمد صلى الله عليه وسلم من عند الله عز وجل ويتبرأ من الدين الذي انتحل اليه . وكذلك النصراني اسلامه أن يقول أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية وإن كان يهودياً يتبرأ من اليهودية . فأما اذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله قال لا يكون مسلماً لأنهم يقولون جميعاً هكذا غير أنهم اذا فسروا قالوا رسول الله اليكم . هذا في اليهود والنصارى الذين هم بين ظهراني الاسلام . فأما اذا كان في دار الحرب فحمل عليه رجل من المسلمين فقال أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله فهذا دليل اسلامه . أو قال محمد رسول الله أو قال دخلت في دين الاسلام أو قال دخلت في دين محمد رسول الله فهذا كله دليل على اسلامه . ولو قال لا إله إلا الله فإن كان الرجل ممن لا يقر بالله سبحانه وتعالى فهذا دليل اسلامه . وكذلك اذا قال أشهد أن محمداً رسول الله لأنه ينكر الأمرين جميعاً . وإن كان الرجل ممن يقر بلا إله إلا الله فقال هذا حين حمل عليه لا يكون هذا دليل اسلامه لأنه مقر به . ولو أن يهودياً أو نصرانياً قال أنا مسلم لم يكن بهذا مسلماً . هكذا ذكر محمد بن الحسن هذه المسائل كلها في السير الكبير وذكرها الكرخي في مختصره أيضاً وذكر في شرح السير الكبير لشمس الأئمة السرخسي في باب ما يكون الرجل به مسلماً قال . فأما اليهود والنصارى الذين اليوم بين ظهراني المسلمين اذا قال أحد منهم أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله فإنه لا يكون مسلماً بهذا لأنهم جميعاً يقولون هذا وليس من نصراني ولا يهودي عندنا يسأله الا قال هذه الكلمة فاذا استفسرته قال رسول الله اليكم لا الى بني اسرائيل فعرفت أن هذا لا يكون دليل اسلامه حتى يضم اليه التبرؤ فان كان نصرانياً قال وأتبرأ من النصرانية وان كان يهودياً قال وأبرأ من اليهودية فحينئذ

يكون مسلما لاظهار ماهو مخالف لاعتقاده : فتحرر لنا من هذا كله أن اليهودي أو النصراني الذي من أهل الذمة اذا قال أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله ولم يتبرأ من اليهودية ان كان يهوديا أو من النصرانية ان كان نصرانيا لا يصير مسلما . وكنت قد انتصرت في هذه المسألة على ما نقلته من فتاوى قاضيخان واتفق أنه أحضر شخص نصراني من حمص في شوال سنة احدى وخمسين وسبعمائة الى دمشق الى دار العدل بسبب كلام وقع منه في حق الجناب الرفيع الشريف النبوي نبينا محمد صلى الله عليه وسلم فلما حضر قال أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله ولم يتبرأ من النصرانية فادعى عليه بذلك فقرر عند قاضي القضاة جمال الدين الحنبلي المرداوي ومن مذهبه أنه يرى قبول ذلك القول وان أظهر الاسلام . فقال بعض الحنفية ان هذا صار مسلما بهذا القول فلا يجوز أن يلبس المسوح ولا يعمل ما يعمله فقلت له هذا بمجرده لا يصير به مسلما بل لابد معه من التبرؤ من النصرانية والاخبار بالدخول في الاسلام . فأنكر هذا وقال لا بل يصير بهذا القول وحده مسلما ولا يشترط التبرؤ عند ذلك فأوردت هذه النقول في هذه المسألة حتى لا يقع غيره من الحنفية في هذه المقالة وكذلك اخترت أن أضم اليه خطوط المفتين الحنفية في زماننا حتى تبقى أبلغ في ازالة هذا الوهم الذي حصل لهذا الحنفي . فأخذت خط الشيخ الامام العلامة جمال الدين ابن الشيخ العلامة سراج الدين الحنفي وهو الذي اسمه في الفتوى وكتب تحته الشيخ الامام فخر الدين ابن الفصيح واسمه احمد بن علي الحنفي . وكتب تحته القاضي شرف الدين الكفري نائب في الحكم واسمه احمد بن علي الحنفي . وكتب في مقابلة خط الشيخ جمال الدين المشار اليه الشيخ الامام العالم الفاضل ناصر الدين القونوي مدرس المقدمية ويعرف بالشريف واسمه محمد بن احمد القونوي الحنفي . وكتب تحته الشيخ الامام العالم المحقق صدر الدين ابن الشيخ علاء الدين منصور الحنفي واسمه محمد بن علي الحنفي . وكتب في الورقة الصغرى الشيخ الامام العلامة أقضى القضاة عماد الدين اسماعيل ابن ابي العز الحنفي واجاد في كتابته . فهؤلاء هم أعيان الحنفية في وقتهم .

فهذا جميعه فى حق اليهود والنصارى الذين بين أظهرنا .

أما عبدة الأوثان والنيران والمشرك فى الربوبية والمنكر الوحدانية كالثانوية اذا قال الواحد منهم لا إله الا الله يحكم باسلامه . وكذا لو قال أشهد أن محمداً رسول الله أو قال أسلمت أو آمنت بالله . وأما المقر بالوحدانية والمنكر للرسالة أصلا كطائفة من اليهود والنصارى إذا أتى بالشهادتين يكون مسلما . وذكر أصحابنا أن الاسلام من الكافر كما يصح بالقول يصح بالفعل وسماه فى البدائع ايمانا بطريق الدلالة ولم أر من حقق الكلام فى ذلك وهل يشمل هذا اليهود والنصارى الذين بين أظهرنا أولا . أعنى الاسلام بالفعل . لكن فى البدائع قال . وأما بيان ما يحكم به بكونه مؤمناً من طريق الدلالة فنحو أن يصلى الكتابى أو واحد من أهل الشرك فى جماعة يحكم باسلامه . وهذا فيه احتمال وهو أنه يحتمل أن يكون الكتابى الذى يقر بالوحدانية وينكر الرسالة أصلا سوى الذين بين أظهرنا ويحتمل الكل . فان رجح الاحتمال الاول أنه اذا ثبتت التفرقة بين اليهود والنصارى المقرين بالوحدانية وهم منكرون الرسالة أصلا وبين الذين بين أظهرنا فى الصريح فلأن تثبت فى الدلالة أولى . قلت هذا الترجيح لا يحسن أن يرجح . فان الاصحاب رحمهم الله انما فصلوا بين اليهود والنصارى الذين بين أظهرنا وبين المنكرين الرسالة أصلا لأن الذين بين أظهرنا معترفون بأن نبينا محمدا صلى الله عليه وسلم أرسل ولكنهم قالوا انه أرسل الى العرب فقط فاذا أقروا بالشهادتين من غير تبرؤ ولا اقرار بالدخول فى الاسلام لا يحكم باسلامهم . لأنه جاز أن يكون مرادهم بهذا القول الاخبار عما هم عليه لا الاقرار برسالة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم الى بنى اسرائيل وغيرهم فلا يصح اسلامهم الا بالتبرؤ وبالاقرار بالدخول فى الاسلام لينقطع ذلك الاحتمال . أما فى الاسلام بالفعل على الوجه الذى قد ذكره فهذا الاحتمال مفقود . فلهذا قلنا انه يصح منهم سواء كانوا ممن يعترفون برسالة محمد أو ينكرونها أصلا للمعنى الذى ذكرنا . فتحرر من هذا كله أن الاسلام بالفعل على الوجه الذى يأتى بيانه ان شاء الله تعالى يصح

من الكفار سواء من أهل الكتاب أو من المشركين أو من عبدة الأوثان أو من اليهود والنصارى الذين بين أظهرنا الذين يقرون برسالة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم وأنه أرسل الى العرب خاصة أو من الطائفة الأخرى الذين ينكرونها أصلا كما قسمناه ولا يلتفت الى ما كتبناه فى الترجيح للاحتمال الأول لقوة الدليل والله سبحانه وتعالى أعلم .

جئنا الى الكلام فى الاسلام بالفعل وبيانه . وكان العبد الضعيف مؤلف هذه المسائل غفر الله ذنبه وستر فى الجلاد يوم الجدال عيبه نظم مايصير به الكافر مسلما وأثبت ذلك فى مصنفه الفوائد المنظومة . وهذه هى الابيات :

يصح اسلام من الكفار ... بالفعل كالقول مع الاخبار

كما اذا صلى مع القوم فقل ... فى مسجد أو وحده فلا تخل

سجوده عند سماع السجده ... يصير مسلما به فعده

كذاك احرامه مع الطواف ... مدحبا فى غاية الانصاف

كذاك لو أدى زكاة الابل ... بلا مراء فيه فاسمع وانقل

مسائل الوقف

هذه المسائل تشتمل على ثلاثين مسألة

(الاولى) فى تحرير قول أبى حنيفة فى الوقف .

(الثانية) فى تحرير مذهب أبى يوسف ومحمد فيه .

(الثالثة) فى بيان أن الفتوى فى الوقف على قول أبى يوسف .

(الرابعة) فى وقف الانسان على نفسه وجعل الولاية له .

(الخامسة) فى وقف المشاع .

(السادسة) فى وقف البناء والغراس بدون الأرض :

(السابعة) فى قسمة الوقف من الملك والوقف من الوقف .

(الثامنة) فى الكلام فى قسمة الوقف بين مستحقيه وبيان أنها لاتجوز .

(التاسعة) فى الوقف على الأقرب فالأقرب ويبان من يختص به من الأقرباء .
(العاشرة) فى بيان وقف أهل الذمة .
(الحادية عشرة) فى وقف المريض فى المرض المتصل بالموت .
(الثانية عشرة) فى الاستدانة على الوقف للحاجة .
(الثالثة عشرة) مسألة الاستبدال وتحرير كلام الأصحاب فيها .
(الرابعة عشرة) فى بيع الموقوف اذا خرب .
(الخامسة عشرة) فى الواقف اذا شرط أن يوفى دينه من ريع الوقف .
(السادسة عشرة) فى الواقف اذا شرط فى كتاب الوقف الولاية لشخص هل يملك عزله وتولية غيره أم لا ؟
(السابعة عشرة) اذا قال وقفت حصتى من هذه الدار وهى الثلث وكانت حصته النصف أو أكثر من الثلث هل تكون جميع حصته وقفاً أم ما سمى ؟
(الثامنة عشرة) اذا قال وقفت حصتى من هذه الدار ولم يسم مقدارها هل يصح أم لا ؟
(التاسعة عشرة) فى وقف المرهون .
(العشرون) اذا وقف على بنيه وله بنون وبنات هل تدخل البنات مع البنين أم لا ؟
(الحادية والعشرون) اذا وقف على اخوته هل تدخل الاخوات أم لا .
(الثانية والعشرون) فى وقف الفصولى والاجازة المالك .
(الثالثة والعشرون) اذا شرط الولاية فى الوقف الى الافضل فالافضل من ولده وكانوا فى الفضل سواء لمن تكون الولاية
(الرابعة والعشرون) اذا شرط الولاية لفلان حتى يدرك بنى فلان هل يصح أم لا .
(الخامسة والعشرون) اذا اشتبهت مصارف الوقف كيف يصرف ريعه

(السادسة والعشرون) اذا وقف وعليه ديون فصد أمه الموقوف هل يصح أم لا

(السابعة والعشرون) فى المسجد اذا احتاج الى مرمة وليس عليه وقف هل يجوز أن يؤجر منه قطعة لنفقته أم لا

(الثامنة والعشرون) فى متولى الوقف اذا قبض مال الوقف ومات مجهلا ولم يبين ماذا صنع به هل يضمن أم لا .

(التاسعة والعشرون) فى بيان من حجر عليه القاضى لسفه أو لدين عليه وقف أرضا له هل يجوز أم لا .

(الثلاثون) فى ذكر خاتمة لمسائل الوقف تشتمل على ما اذا وقف أرضا له ملجئة هل ينفذ أم لا ؟

أما المسألة الأولى ، فاعلم أن الوقف جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد . هكذا نص عليه قاضيخان فى الفتاوى قال . وذكر فى الأصل كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف وبظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال عند أبى حنيفة لا يجوز الوقف . وليس كما قال بل هو جائز عند الكل الا أن عند أبى حنيفة يجوز جواز الاعارة وتصرف منفعته الى جهة الوقف ويبقى العين على ملك الواقف وله أن يرجع عنه ويجوز بيعه وان مات يورث عنه . ولا يلزم عنده الا بطريقين أحدهما قضاء القاضى بلزومه لأنه مجتهد فيه بأن يسلم الواقف ما وقفه الى المتولى ثم يريد أن يرجع فيخاصمه بعلة عدم اللزوم ويختصمان الى القاضى فيقضى بلزومه . وان حكما رجلا فحكم بلزوم الوقف اختلفوا فيه والصحيح أنه بحكم الحكم لا يرتفع الخلاف وللقاضى أن يبطله . والثانى أن يخرجه مخرج الوصية فيقول أوصيت بغلة دارى هذه أو بغلة أرضى هذه أو يقول جعلت هذه الدار وقفا فتصدقوا بغلتها على المساكين . وكذا لو أوصى بأن يوقف يجوز من الثلث . وعندهما الوقف لازم بغير هذه الكلمات . والناس لم يأخذوا بقول الامام فى هذا للآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات أولها وقف الخليل صلوات الله عليه . هذه عبارة قاضيخان :

وذكر في الذخيرة ما صورته قال . الفصل الثاني فيما يتعلق بجواز الوقف وشرائط صحته . وذكر في ظاهر الرواية أن شرط جواز الوقف عند أبي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت حتى لو لم يضف الى ما بعد الموت ولم يوص به لم يصح . وقال أبو يوسف ومحمد ليس هذا بشرط حتى يمتنع من بيعه ولا يورث عنه لو مات . وحاصل الخلاف راجع الى تفسير الوقف . فاذا قال أبو حنيفة تفسيره حبست العين على ملكي وتصدقت بثمرتها على المساكين فلا يصح اذ كانت الثمرة معدومة الا بطريق الوصية وعلى قولهما تفسير الوقف أزلت العين عن ملكي الى الله وجعلته محبوسا في ملكي ومنفعته للعباد فهذا صحيح وان لم يكن موصى به كما في المسجد . قال شمس الأئمة السرخسي : الاضافة الى ما بعد الموت أو الوصية عند أبي حنيفة ليست بشرط الجواز فان الوقف جائز عنده بدون ذلك لكنه غير لازم وانما يصير لازما بالاضافة الى ما بعد الموت أو بالوصية وهذا لأن أبا حنيفة يجعل الواقف حابسا العين على ملكه صارفا المنفعة الى الجهة التي سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة ومعنى الجواز جواز صرف الغلة الى تلك الجهة . هذه عبارة الذخيرة . وذكر في الكافي قال ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عند الامام والأصح أنه جائز اجماعا الا أنه غير لازم عنده كالعارية فيرجع فيه ويباع ويوهب ويورث . وعندهما حبس العين على ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه اليه تعالى على وجه يعود نفعه الى العباد فيلزم . هذه عبارته : وذكر في شرح المنظومة في الكلام على قول الشيخ أبي حفص «والوقف قل باطل» أي يبطل ويلزم الوقف الذي يسجل . قال أبو حنيفة الوقف يبطل أي للواقف أن يرجع عنه وأن يبيع ما وقف واذا مات يورث عنه الا أن يقضي القاضي بلزومه فحينئذ يصير لازما . وعندهما لازم وان لم يقض القاضي بلزومه . وأصل الاختلاف في تفسير الوقف ، فعنده الوقف شرعا حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة كالعارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو المذكور في الأصل ، والأصح

أنه جائز عنده غير لازم كالعارية وعندهما حبس العين على ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم والعمل اليوم بقولهما هذه عبارته . وذكر فى البدائع قال لاخلاف بين العلماء فى جواز الوقف فى حق وجوب التصدق بالفرع ما دام الواقف حيا حتى أن من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ، ولا خلاف أيضا فى جوازه فى حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضاء القاضى أو أضافه الى ما بعد الموت بأن قال اذا مت فقد جعلت دارى أو أرضى وقفا على كذا أو قال هو وقف فى حياتى صدقة بعد وفاتى ، واختلفوا فى جوازه مزيلا الملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال أبو حنيفة لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثا لورثته وقال أبو يوسف ومحمد وعامة العلماء يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة لا فرق بين ما اذا وقف فى حال الصحة وبين ما اذا وقف فى حالة المرض حتى لا يجوز عنده فى الحالين جميعا اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم ، وروى الطحاوى عنه أنه اذا وقف فى حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون بمنزلة الوصية بعد الموت وأما عندهما فهو جائز فى الصحة والمرض اه . وذكر فى الفتاوى الظهيرية قال : قال شمس الأئمة السرخسى وظن بعض أصحابنا أن الوقف غير جائز على قول أبى حنيفة واليه يشير فى ظاهر الرواية فنقول أما أبو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ومراده ألا يجعله لازما فأما أصل الجواز فثابت عنده لأنه يجعل الواقف حابسا للعين على ملكه صارفا للمنفعة الى الجهة التى سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة ولهذا قال لو أوصى بعد موته يكون لازما بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت : فأما أبو يوسف ومحمد فقالا الواقف يزيل ملكه وانما يحبس العين عن التحول فى ملك غيره فزوال الملك فى حقه يلزم حتى لا يورث عنه بعد وفاته . وذكر فى شرح القدورى الزاهدى قال قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به حاكم

أو يعلقه بموته وذكر مذهبهما واستدل لها ثم استدل للامام فقال : ولأبي حنيفة وهو قول زفر أن الوقف تبرع بالمنافع فلا يلزم كالاعارة الا اذا حكم به اكم فيلحقه بالقطع ولأنه مجتهد فيه فينفذ اجتهاده أو يعلقه بموته فيصير وصية فيعتبر فيه ما يعتبر بالوصية حتى اعتبر خروجه من الثلث . ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف عنده أصلا وهو الملفوظ في الأصل والأصح أنه جائز لكنه غير لازم كالعارية هذه عبارته . وذكر في الهداية قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا أن يحكم به حاكم أو يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا . وقال أبو يوسف يزول الملك بمجرد القول . وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف والياً ويسلمه اليه . قال رحمه الله الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة وأوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلا عنده وهو الملفوظ في الأصل والأصح أنه جائز عنده الا أنه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل هذه عبارة الهداية . وذكر في المبسوط ما صورته قال أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء اعلم أن الوقف لغة الحبس والمنع فيه لسان أوقف يوقف ايقافا ووقف يقف وقفا قال الله تعالى « وقفوهم إنهم مسئولون » الآية وفي الشريعة عبارة عن حبس المملوك عن التملك من الغير . وظن بعض أصحابنا أنه غير جائز على قول أبي حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية فنقول فأما أبو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ومراده أن لا يجعله لازما فأصل الجواز ثابت عنده لأنه يجعل الواقف حابسا للعين على ملكه صارفا المنفعة الى الجهة التي سماها فيكون بمنزلة العارية والعارية جائزة غير لازمة ولهذا قال لو أوصى بعد موته يكون لازما بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت . فأما أبو يوسف ومحمد فقالا الواقف يزيل ملكه وانما يحبس العين عن التحول في ملك غيره وليس من ضرورة ذلك امتناع

زوال ملكه فلو قال المت في حقه يلزم حتى لا يورث عنه وكان أبو يوسف يقول أولا بقول أبي حنيفة فلما حج مع هرون الرشيد ورأى وقوف الصحابة بالمدينة ونواحيها رجع وأفتى باللزوم هذه عبارته. قلت وحاصل ما تقدم من هذه التصانيف وتحرير الكلام فيما نحن فيه أن الأصح من قول الامام أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الوقف الذي ليس بمضاف الى ما بعد الموت ولا موصى به ولا محكوم به صحيح عند أبي حنيفة في الأصح المنقول عنه لا كما ظن عنه بعض الناس ونسبوا اليه من أن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة أو لا يصح أو باطل بل هو عنده كالعارية والعارية صحيحة غير لازمة فكذا الوقف صحيح ليس بلازم. أما الذي هو بطريق الوصية أو المضاف أو المحكوم به فهو صحيح لازم في الحال حتى لا يملك بيعه ولا يورث عنه دامات كقول أبي يوسف ومحمد في الوقف مطلقا. هذا ما حررناه من نقل مذهب الامام أبي حنيفة في الوقف ونقل مذهب أبي يوسف ومحمد لكن محمدا شرط شروطا أخر معروفة من كونه لا يكون مشاعا واخراجه من يده وتسليمه الى المتولي وأن يجعل آخره لجهة بر لا تنقطع كما عرف. فأما الفتوى في الوقف مطلقا فاعلم أن الزاهدي ذكر في شرح القدوري أن فتوى أئمة بلخ ومتأخري مشايخ بخارى وخوارزم بقول أبي يوسف. وذكر في القنية أن الفتوى في الوقف على قول أبي يوسف وكذا في كتاب القضاء. وفي المحيط قال ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد. وذكر هلال في وقفه بعد ما ذكر قول أبي حنيفة في الوقف وأنه يفتقر الى قضاء القاضي قال وأما قولنا وقول أبي يوسف فهذا وقف صحيح جائز ويكون أصل الأرض وقفا ويتصدق بغلتها على المساكين وما جاء في الأحاديث من اجازة الوقف أكثر وأظهر من حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وبها نأخذ. وذكر في فتاوى قاضيخان بعد ما ذكر قول أبي حنيفة قال: وعندهما الوقف لازم بغير هذه التكلفات والناس لم يأخذوا بقول أبي حنيفة في هذه للآثار المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. وذكر في الكافي الفتوى على قولهما. وذكر في الذخيرة ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي

يوسف فى وقف المشاع ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد. وذكر فى الفتاوى الظهيرية قال كان أبو يوسف يقول بقول أبى حنيفة ثم رجع وقد استبعد محمد قول أبى حنيفة فى الكتاب وسماه تحكما على الناس من غير حجة وقال ما أخذ الناس بقول أبى حنيفة وأصحابه إلا لتركهم التحكم على الناس ولو جاز تقليد أبى حنيفة فى هذا لكان من مضى قبل أبى حنيفة أحرى أن يقلدوا. وذكر فى شرح مجمع البحرين وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد والفتوى عليه. وذكر فى الخلاصة فى الفتاوى قال وأكثر أصحابنا أخذوا بقولنا. وذكر فى منية المفتى قال الفتوى فى الوقف على قول أبى يوسف وقد مر فى الاجارات. وذكر فى الفتاوى الكبرى للخاصى قال ومشايخ بلخ يفتون بقول أبى يوسف ونحن أيضا نفتى بقوله. وذكر فى الفتاوى الصغرى الحسامية قال الصدر الشهيد وأصحابه نحن نفتى بقول أبى يوسف ومشايخ بلخ كانوا يفتون بقوله. وذكر فى الفتاوى الصغرى الظهيرية والفتوى على جواز الوقف على قول أبى يوسف ومحمد

المسألة الرابعة: فى وقف الانسان على نفسه:

ذكر الخصاف فى وقفه. سبب الرجل يقف الأرض على نفسه ثم من بعده على المساكين. قال أبو بكر: وإذا جعل أرضه صدقة موقوفة لله عز وجل أبدا على نفسه ثم من بعده على الفقراء أو قال على أن غلتها لى أبدا ما عشت ثم من بعدى على الفقراء. أو قال على نفسى ومن بعدى على ولدى وولد ولدى ونسلهم أبدا ما تناسلوا فإذا انقرضوا فهى على المساكين أو قال على نفسى ثم من بعدى على فلان وولده وولد ولده ونسله أبدا ما تناسلوا فإذا انقرضوا فهى موقوفة على الفقراء والمساكين فانا لا نحفظ فى ذلك شيئا عن أصحابنا المتقدمين إلا ما روى عن أبى يوسف أنه قال: إذا استثنى الواقف أن ينفق غلة ما وقف على نفسه وولده وحشمه ما دام حيا فذلك جائز. وقاس ذلك على ما استثناه عمر بن الخطاب رضى الله عنه مما استثناه لوالى صدقته أن يأكل منها ويؤكل صديقه فقال ذلك قياسا على ما قاله. وكان عمر رضى الله عنه هو والى تلك الصدقة. فقلنا وبالله التوفيق. ان استثناء

فانفاق الغلة على نفسه وولده وحشمه هو بمنزلة قوله قد وقفت هذه الأرض على نفسي ثم من بعدي على المساكين ألا ترى أن له أن ينفق الغلة كلها على نفسه وولده وحشمه أبدا مادام حيا اذا استثنى . فما استثنوا أن يزيد من يرى زيادته وأن يخرج من صدقته من شاء اخراجه منها وأن يدخل فيها من شاء ادخاله وينقص من شاء أن ينقصه منها مما كان جعله له فقد جوز هذا من أجاز الوقف من أصحابنا ومن غيرهم ان شاء الله . وقال بعض فقهاء البصرة . اذا قال قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على نفسي او قال على أن لى غلتها ما عشت ثم من بعدي على الفقراء ان الوقف باطل من قبل أنه اذا قال قد وقفت على نفسي ثم من بعدي على الفقراء لم تخرج الأرض من ملكه لأنه اذا كان واقفا على نفسه فملك الأرض له على حاله . قلنا كيف يكون ملك الأرض له على حاله وقد جعلها وقفا على المساكين من بعده فهي خارجة عن ملكه بالوقف الذي وقفها . ألا ترى انه لو قال قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبدا على الفقراء كانت بهذا القول خارجة عن ملكه الى الصدقة . ولو قال صدقة موقوفة لله أبدا على أن يبدأ بفلان فتكون غلتها له أبدا ما عاش فاذا توفى فلان كانت غلتها للفقراء كان ذلك جائزا فكذلك قوله على نفسي ثم من بعدي على الفقراء ولا نحفظ عن أبي يوسف في هذه اللفظة شيئا وهي قوله قد جعلتها وقفا على نفسي ومن بعدي على الفقراء ولكنا قلنا ذلك قياسا على ما أجاز من الاستثناء أن له أن ينفق على نفسه من غلة هذه الصدقة أبدا ما عاش . ومما يقوي هذا القول ما روي عن محمد بن الحسن انه أجاز الوقف على امهات اولاد الواقف وعلى مدبراته فقال في كتاب الوقف يكون ذلك لهم في حياته وبعد مماته وهؤلاء مماليكه في أحكامهم الا أنه لا يجوز أن يملك انسانا منهم شيئا . وقال بعض فقهاء أهل البصرة . ان الرجل اذا وقف ارضا له على أمهات اولاده او على مدبراته ومن بعدهم على الفقراء ان ذلك لايجوز من قبل ان الأرض لم تخرج من ملكه لأن وقفه الأرض على هؤلاء بمنزلة وقفه على نفسه فلما رأينا أبا يوسف قد أجاز للواقف ان يستثني غلة وقفه فينفقها على نفسه

ماعاش أبيه. فإن مات صار ذلك للمساكين. ورأينا محمد بن الحسن قد أجاز أن يوقف على أمهات أولاده ومدبريه حوزنا هذه اللفظة له وقلنا اذا قال على نفسي ومن بعدي على المساكين ان ذلك جائز على ما شرطه هذه عبارته . وذكر في الذخيرة قال : اذا قال أرضي هذه صدقة موقوفة على نفسي قال هلال لايجوز الوقف وعلى قياس قول أبي يوسف يجوز لأن الواقف لو شرط لنفسه أن يأكل من غلته على قول أبي يوسف يجوز . وليس عن محمد رواية ظاهرة في هذه الصورة واختلف المشايخ على قول بعضهم قالوا لايجوز عنده لأن الاخراج من يده والتسليم إلى المتولي شرط واذا كان الوقف على نفسه كان المتولي قابضا للوقف فكأنه لم يخرجه من يده . وبعضهم قالوا على قول محمد يجوز . وكان الفقيه أبو بكر الاسكاف يجيز أن يشترط الواقف لنفسه الأكل فيقول على أني آكل منه ولا يجيز الوقف على نفسه وكان يقول الوقف على نفسه خرج مخرج الفساد فبطل وشرط الأكل لنفسه خرج مخرج الوقف على وجه الصحة فيصح وذكر في المبسوط : لو جعل مصرف الغلة لنفسه مادام حيا فذلك جائز عند أبي يوسف اعتبارا للابتداء بالانتهاء لأنه يجوز الوقف على جهة يتوهم انقطاعها واذا انقطعت عادت الغلة اليه في الانتهاء وكما يجوز في الانتهاء يجوز في الابتداء أن يقدم نفسه على غيره في الغلة وهذا لأن معنى التقرب لاينعدم بهذا . قال عليه السلام « نفقة الرجل على نفسه صدقة » وقال عليه السلام « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » فأما عند محمد اذا جعله وقفا على نفسه أو جعل شيئا من الغلة لنفسه مادام حيا فالوقف باطل . وهو مذهب أهل البصرة . وكذا شرط الغلة لأمهات أولاده بمنزلة اشتراطها لنفسه ولكن ذكر محمد أنه اذا اشترط الغلة لأمهات أولاده فهو جائز . وهذا على أصل أبي يوسف غير مشكل . وذكر في فتاوى قاضيخان : رجل قال أرضي هذه صدقة موقوفة على نفسي قال هلال لايجوز هذا الوقف . وقال الفقيه أبو جعفر ينبغي أن يجوز في قياس قول أبي يوسف . ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف وقالوا يجوز الوقف والشرط جميعا . وذكر الصدر الشهيد أن الفتوى على قول أبي

يوسف ترغيبا الناس فى الوقف . وقال الفقيه أبو جعفر ليس فى هذا رواية ظاهرة عن محمد الا فيما اذا وقف على أمهات أولاده فانه يجوز عنده أيضا . قال الفقيه أبو جعفر الوقف على أمهات أولاده بمنزلة وقفه على نفسه لأن ما يكون لامهات اولاده فى حياته يكون له . وفى الفتاوى الكبرى الظهيرية مثله . وذكر فى الهداية قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه مدة حياته جاز عند أبى يوسف . قال رحمه الله ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه . اما الاول فهو جائز عند أبى يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال وبه قال الشافعى وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبى يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب

ولو أن الواقف شرط الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصى نظرا للصغار . وكذا اذا شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضى أن يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع . وذكر فى وقف ابن مازه قال : اذا وقف الرجل أرضه على نفسه فالمسألة لا تخلو من أربعة أوجه . اما ان قال وقفت أرضى هذه على نفسى ثم على الفقراء . أو قال وقفت أرضى هذه على نفسى وعلى فلان ثم على الفقراء . أو قال وقفت أرضى هذه على نفسى ثم من بعدى على فلان ثم على الفقراء . أو قال وقفت أرضى هذه على فلان ثم من بعده على نفسى ثم على الفقراء . ففى الوجه الاول الوقف جائز فى قول أبى يوسف وعند هلال لا يجوز . ومشايخنا أخذوا بقول أبى يوسف . وفى الوجه الثانى جائز عند أبى يوسف فى جميعه وعند هلال يجوز فى حصة الاجنبى . وفى الوجه الثالث يجوز عند ابى يوسف وعند هلال لا يجوز وفى الوجه الرابع جائز عند ابى يوسف وعند هلال لا يجوز . وذكر فى الفتاوى الصغرى الظهيرية ما صورته . اذا وقف وشرط لنفسه مادام حيا على قول من قال لا يصح هذا الشرط يبطل الوقف والفتوى على انه يجوز

المسألة الخامسة فى وقف المشاع

ذكر الخصاف فى وقفه قال : لو أن رجلا وقف نصف أرض له أو نصف دار وذلك مشاع فوقف ذلك وقفاً صحيحا ان ذلك جائز على مذهب أبى يوسف . قلت ولم جاز ذلك وهو مشاع غير معلوم ؟ قال ان كنت تريد بقولك غير معلوم أنه ليس بمقسوم ، فهو مشاع ليس بمقسوم لأنه لا يحتاج الى قبض وان كنت تريد بقولك ليس بمعلوم انه مجهول فهو معلوم لانه سمى نصفها . وكذلك ان سمى ثلثا أو ربعا وكذلك ان سمى سهاما من سهام فهذا معلوم معروف . قلت فان قال قد وقفت جميع حصتى من هذه الأرض أو من هذه الدار ولم يسم سهام ذلك . قال : أستحسن أن أجيز ذلك اذا كان الواقف ثابتا على الاقرار بالوقف . فان جحد الواقف الوقف فان جاءت بينة تشهد عليه بالوقف ويعدلو حصته من الأرض أو من الدار وسموا ذلك قبل القاضي ذلك وحكم بالوقف على ما صح عنده منه . وان شهدوا على الواقف باقراره بالوقف ولم يعرفوا مقدار ما له من الأرض أو من الدار أجبره القاضي بان يسمى ماله من ذلك فما سمى من شىء فالقول فيه قوله ويحكم عليه بوقفه لذلك [1] . وان كان الواقف قد مات فوارثه يقوم مقامه فى ذلك فما أقر به من ذلك لزمه الا أن يصح عند القاضي غير ذلك فيحكم بما يصح عنده منه . وذكر فى الذخيرة : اعلم ان الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع صحة الوقف بلا خلاف . وأما الشيوع فيما يحتمل القسمة هل يمنع صحة الوقف ؟ على قول محمد يمنع . وعلى قول أبى يوسف لا يمنع . ولو وقف جميع أرضه أو داره ثم استحق نصفها أو سهما شائعا يبطل الوقف فيما بقى عند محمد . بخلاف ما لو استحق شىء بعينه حيث لا يبطل الوقف فى الباقى . ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبى يوسف فى وقف المشاع ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد

المسألة السادسة فى وقف البناء والغراس بدون الارض

اعلم ان هذه المسألة لم أر أحدا من الأصحاب ذكرها الا صاحب الذخيرة

---

(١) هذا صريح فى قبول الشهادة بالاقرار بالوقف مع الجهالة ولكن لا يحكم الا بعد البيان

والاسبيجابي . وصورة ما ذكره في الذخيرة قال . وقف البناء من غير وقف الأصل لم يجز هو الصحيح لأنه منقول ووقفه غير متعارف . واذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قربة فبنى عليها بناء ووقف بناءها على جهة قربة أخرى اختلف المشايخ . قال بعضهم لا يجوز . وقال بعضهم يجوز لأن جهات القربة وان اختلفت فأصل القربة يجمعها واختلاف الجهة لا يوجب اختلاف الحكم بعد اتفاق أصل القربة كما قلنا في سبعة نفر نحروا بدنة أو بقرة ونوى بعضهم الأضحية وبعضهم هدى المتعة أو القران وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم التطوع جاز ولكن لو نوى بعضهم اللحم لا يجوز كذا هنا . وأما اذا غرس شجرة ووقفها . ان غرسها في أرض غير موقوفة فلا يجوز الا ان وقفها بموضعها من الأرض فيصح تبعا للأرض بحكم الاتصال . وان وقفها دون أصلها لم يصح . فان كانت في أرض موقوفة فوقفها على تلك الجهة جاز وان وقفها على جهة أخرى فهو الاختلاف الذي مر في البناء . وهذا لأن الشجر نظير البناء من حيث ان قيامها بالأرض وهي تبع بحكم الاتصال كالبناء . وصورة ما ذكره الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي قال : والوقف انما يجوز في غير المنقول من العقار والأرضين وغيرهما ، فأما المنقول فلا يجوز وقفه الا اذا كان تبعا لغيره من غير المنقول وهو ان يقف أرضا فيها بقر وعبيد لمصالحها فيشترط ذلك في الوقف فيكون وقفا معها . أو اذا جرت العادة به كما اذا وقف المر والقدوم لحفر القبور أو وقف الجنازة أو ثياب الجنازة . ولو وقف الاشجار القائمة مع الأرض لا يجوز قياسا ويجوز استحسانا : قلت . فتحرر لنا من هذا أن وقف البناء والغرس يجوز ان كانت الارض موقوفة على الصحيح لانه جاز على وجه الاستحسان كما ذكره الاسبيجابي والأصل أن ما ثبت على وجه الاستحسان يكون العمل عليه الا في مسائل محصورة ، وهذه المسألة ليست منها . ولا يقال ان صاحب الذخيرة قد قال « ان وقف البناء من غير وقف الأصل لم يجز هو الصحيح » لن هذا في كل الصور ، بل نقول انه محمول على ما اذا وقف بناءه أو شجره بدون الارض وهي ملكه يدل عليه قوله بعده « واذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قربة

أخرى مبنى عليها بناء ووقفه على جهة قربة أخرى جاز » لأنه لو كان قوله « ولا وهو « وقف البناء من غير وقف الأصل لا يجوز هو الصحيح » شاملا لكل الصور لما جاز أن يعيد ما قلناه ولا كان يحسن أن يقل اختلاف المشايخ فيه . فان المشايخ انما اختلفوا فى الصورة التى هى أنه وقف بناءه على جهة قربة وأصل البقعة على جهة أخرى . وهذا التقرير ظاهر . وكذا يجب أن يحمل قول الاسبيجابى من قوله استحسانه على صورة وقف البناء فى أرض موقوفة جمعا بين ما هو الأصل من قوله استحسانا وبين قوله فى الذخيرة وهو الصحيح والا كان يلزم أن يكون وجه الاستحسان غير الصحيح وهذا لا يجوز لأن هذا ليس من المسائل الخارجة عن الأصل فى القياس والاستحسان فتعين الحمل على ما ذكرناه والله أعلم

واستفدنا من قول صاحب الذخيرة « واذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قربة فبنى عليها بناء ووقف بناءها على جهة قربة أخرى الى قوله وقال بعضهم يجوز أن يشمل البناء والغراس الذى غرس والبناء المبنى بطريق الاجارة وان كانت الاجارة لها نهاية ولا يضر ذلك ويبقى باجر المثل، لان قوله « فبنى » اما ان يكون البناء بطريق الاجارة او بطريق الغصب او بطريق العارية. لا جائز ان يكون بطريق الغصب لأن الوقف يقصد به الأجر والثواب والغصب ينافيه . ولا جائز ان يكون بطريق العارية لان الوقف لازم لان العارية تمليك المنافع بغير عوض وفى الوقف لا يجوز ذلك فتعين ان يكون بطريق الاجارة ومن المعلوم ان الاجارة لا تكون الا باجرة . فاذا انقضت المدة اما ان تقول بعدها الناظر اجارة اوانه يلزم باجر المثل فى ريع البناء والغراس . وعلى كل تقدير من الغصب والعارية والاجارة فليس البناء والغراس مؤبدا لأنه ان كان غصب وبنى فللناظر ان يطالبه بالهدم وان كان جهل واعار فللقاضى ان يلزمه بالرفع . وان كان بطريق الاجارة فلها نهاية . وقد نقل صاحب الذخيرة عن بعض المشايخ انه يجوز الوقف فعلمنا ان هذا الا تنتهى لا يضره على هذا القول

فتلخص لنا من هذا كله أن الشخص اذا استأجر بياض أرض موقوفة على

جهة وبنى فيها أو غرس ثم بدا له أن يقف البناء أو الغراس الذى له على جهة غير تلك الجهة التى وقف عليها العقار أنه يجوز على قول بعض المشايخ . وكذلك يتخرج لنا أنه لو ناصب مكلف الاجارة مناصبة صحيحة ثم وقف نصيبه من الاشجار أنه يجوز على قول من يجوز وقف المشاع . وكذلك يتخرج انه لو بنى فى الأرض المؤجرة للمستأجر مسجدا ووقفه لله تعالى أنه يجوز فاذا حكر فعلى من يكون حكره ، الظاهر انه يكون على المستأجر ما دامت المدة باقية فاذا انقضت ينبغى أن يكون من بيت المال من الخراج والجوالى ومصالح المسلمين .

المسألة السادسة فى قسمة الوقف من الملك أو من وقف آخر

اعلم أن هذه المسألة ذكرها هلال فى وقفه قال قلت أرأيت رجلين وقفا أرضا لهما وقفا صحيحا جائزا ألهما أن يقتسما هذه الأرض ؟ قال لهما أن يقتسماها ويكون فى يد كل واحد منهما حصته من هذه الأرض محدودة على مثل ما وقفها عليه . قلت وسواء وقفاها على وجه واحد أو على وجوه مختلفة ، قال هما سواء . قلت : فاذا وقف أرضين ودورا بينه وبين رجل فأراد أن يقاسم شريكه أله ان يجمع الوقف فى ارض واحدة او يقسم كل واحدة على حدتها ولا يجمع ذلك فى ارض واحدة قال أما على قياس قول أبى يوسف فانه يجمع ذلك اذا كان فى ذلك حظ للوقف . وقال ابو يوسف فى ارضين بين رجلين لو أقسم بينهما فأجمع لكل واحد منهما حصته فى أرض او ارضين اذا كانت فى ناحية واحدة وكذلك الدور . وقال ان كانت الدور بالبصرة وبالكوفة لم أؤلف بينهما وانما أؤلف بينهما اذا كان فى مصر واحد وهذا قولنا وكذلك الوقف على هذا القول . قلت : أرأيت أرضا بين رجلين وقف أحدهما حصته منها على وجه مسمى فأراد شريكه أن يقاسمه الأرض قال له ذلك ويؤخذ بمقاسمة شريكه . قلت . فان قاسم الآخر بدون القاضى ، قال القسمة جائزة لأن الولاية الى الواقف واذا كانت الولاية للواقف كان له ان يقسم ما وقف منها ويحوزه . قلت . لو كان الواقف قد هلك وأوصى الى رجل أكان لوصيه ان يقاسم الشريك فى الارض قال نعم . قلت وكذلك لو كان الواقف

وكل بمقاسمه وكيلا أكانت الوكالة جائزة قال نعم : قلت . أرأيت الواقف ان مات ولم يوص الى أحد قال لايجوز القسمة في الوقف الا بالقاضي . قلت . أرأيت لو اوقف نصف أرضه ثم أراد أن يقسم ذلك ويحوزه قال لايجوز له أن يقسم هذه الأرض لأنه يقاسم نفسه حتى يكون القاضي هو الذي يقسمها أو يوكل بذلك من يقسمها. قلت . أرأيت لو باع نصيبه فيها بيعا صحيحا قال فله أن يقاسم المشترى ويحوز الوقف قال نعم . قلت . أرأيت لو أوصى في مرضه بوقف ثلث أرضه على وجوه مسماة قال فالوصية جائزة . قلت : وسواء أوصى به شائعا أو مقسوما قال هما سواء وهو جائز . قلت . أرأيت للوصي أله أن يقاسم الورثة هذه الأرض قال نعم اذا كانوا كبارا قاسمهم ذلك فان كان فيهم الصغير والكبير قال فللوصي أن يجعل الوقف وحصة الايتام حيزا واحدا ويقاسم الكبار فيدفع اليهم حصتهم مقسومة . قال أرأيت ان قسم الوصي الأرض فأخذ الكبار حصتهم وجعل حصص الصغار والوقف أيقسم بين الوقف والصغار قال لايجوز شيء من ذلك وليس للوصي أن يقاسم بين الموقوف عليهم واليتيم . قلت ولم قلت ذلك ؟ قال ألا ترى أنه ليس للوصي أن يقسم بين الأيتام وله أن يجعل سهامهم حيزا واحدا فكذلك ماوصفت لك . قلت . فلو كان الوصي وارثا وقد أوصى الميت أن يقف ثلث أرضه قال فالوصية جائزة وليس لهذا الوصي الوارث أن يقاسم هؤلاء الورثة الا أن يجعل نصيبه ونصيب الوقف حيزا واحدا فان فعل ذلك جازت القسمة فاما أن يقسم حصته من جهة الوقف فليس له ذلك الا بالقاضي . قلت أرأيت الميت لو أوصى الى جماعة أحدهم وارث الميت قال لايجوز قسمة الوقف الا بالقاضي . قلت : أرأيت الواقف اذا قاسم شريكه الارضين أله أن يأخذ فضل دراهم قال ليس له ذلك لانه بيع بعض الوقف . قلت فلو كان الواقف أعطى الشريك دراهم قال فالقسمة جائزة . قلت ويكون للواقف مما يقسم بقدر حصته التي جعلت لمطلقة أو وقف . قال بل تكون مطلقة لأنها بمنزلة الشراء : قلت . فلهذا الواقف المناقلة قال ليس له أن يناقل الى شيء من الارضين لم يقف منها شيئاً . فاما اذا كان وقف منها شيئا فله ذلك على قول أبي يوسف وأما

على قول أبي حنيفة فليس له ذلك. قلت: فلهذا الواقف أن يقاسم شريكه بخيار أو بقرعة قال هما سواء وهو جائز كله ما لم يأت بغبن فاحش بين أكثر مما يتغابن الناس به. قلت: أرأيت رجلا وقف نصف أرضه على وجوه سماها معلومة ثم وقف ما بقي منها بعد ذلك على وجوه أخرى قال هذا جائز. قلت: فإن أراد أن يقسم بين الوقفين قال ليس له ذلك. قلت: ولم قلت ذلك؟ قال لأن الواقف واحد والوالي واحد فليس له ذلك. قلت: وسواء وقفهما وقفين مختلفين أو وقفا واحدا، قال نعم هذا كله سواء وهو جائز. وذكر الخصاف في وقفه أرأيت رجلا إذا وقف نصف أرضه أو نصف داره مشاعا هل له أن يقسم ذلك فيفرز حصة الوقف قال لا ليس له أن يقاسم نفسه. قلت فكيف تكون القسمة في هذا وكيف يجوز؟ قال إن رفع أهل الوقف ذلك إلى القاضي وسألوه أن يفرز حصة الوقف فإن القاضي يجعل للوقف قيما فيقاسم الواقف ويفرز حصة الوقف. قلت: أرأيت رجلا وقف نصف أرضه ثم مات وأوصى إلى ابن له وإلى رجل أجنبي وترك ورثة صغارا أيجوز للأجنبي أن يقاسم الابن فيفرز الوقف قال لا. قلت: أرأيت الرجل يجعل نصف بستانه وقفا وللبستان دولاب قال الوقف جائز ويدخل نصف الدولاب في الوقف. قلت: فإن مات الواقف فأراد القاضي أن يقاسم الورثة هذا البستان قال يقسم ذلك ويكون الدولاب والشرب مشاعا بين الوقف والورثة. قلت: أرأيت الرجل إذا وقف نصف أرضه في وجوه سماها ثم ولى هذا النصف رجلا في حياته وبعد وفاته ثم وقف النصف الآخر في وجوه أخر سماها وولى ذلك رجلا آخر ثم توفي فأراد الوصيان أن يقتسما ذلك قال لهما أن يقتسماها ويأخذ كل واحد منهما النصف الذي جعل إليه ولايته فيكون في يده. قلت: وكذلك لو كان وقف النصف الآخر في تلك الوجوه التي وقف فيها النصف الأول ثم مات قال لهما أن يقتسما ذلك قلت أرأيت إذا وقف نصف أرضين ونصف دور والنصف الثاني من ذلك لشريك له هل للواقف أن يقاسم شريكه ذلك فيجمع حق الوقف من الأرضين في أرض واحدة ومن الدور في دار واحدة أو دارين؟ قال أما في قول أبي حنيفة فإنه يقسم

كل أرض على حدتها وكذلك كل دار على حدتها وأما فى قول أبى يوسف ان كان الأصلح للوقف أن يجمع ذلك جمعه اذا كانت الأرضون من أرض قرية واحدة . قلت . أرأيت الرجل اذا وقف حصته من أرضين أو من دور وهى النصف أو الثلث هل له أن يقاسم شريكه ، قال فى قول أبى حنيفة ليس له ذلك فأما فى قول أبى يوسف فله ذلك اذا كان أصلح وأدر على أهل الوقف . وذكر فى الفتاوى الظهيرية . ولو أن قرية بعضها وقف على قول من يرى وقف المشاع وبعضها مطلق يعنى المملكة وبعضها ملك فأرادوا قسمة بعضها ليتعين الملك فيجعل مقبرة قالوا ان أرادوا قسمة موضع من هذه القرية لايجوز لأن المقصود من القسمة تمييز الوقف من غيره وبهذه القسمة لايتعين الوقف من الملك ، وان أرادوا قسمة كل القرية على مقدار نصيب كل فريق جاز لأن هذه القسمة تفيد التمييز بين الوقف وبين غيره . وذكر فى الذخيرة : اذا كانت الأرض بين شريكين ووقف أحدهما نصيبه مشاعا ثم اقتسما فوقع نصيب الوقف فى موضع لايجب عليه أن يقفه ثانيا وان أراد الاجتناب عن الاختلاف يقفه ثانيا وان كانت الأرض كلها له فوقف بعضها ثم أراد القسمة فالوجه فى ذلك أن يبيع مابقى ثم يقتسما وان لم يبع ورفع الأمر الى القاضى فأمر انسانا بالقسمة معه جاز لأن القسمة جرت بين اثنين . فان طلب بعضهم القسمة يعنى الواقف أو الطرف الآخر قال أبو حنيفة لايقسم المشاع ويتهايئون وقال أبو يوسف يقسم . وذكر قاضيخان فى الفتاوى قال : دور بين اثنين أو أراض وقف أحدهما نصيبه على جهة البر ثم أراد القسمة فقسم القاضى بينهما فجمع الوقف فى دار واحدة أو أرض واحدة جاز فى قول هلال وهو قول أبى يوسف ومحمد كما لو كان بينهما دار فطلبا القسمة فجمع القاضى نصيب أحدهما فى دار ونصيب الآخر فى دار جاز ذلك فكذلك هنا الا أن ثمت يجوز سواء كان فى مصر واحد أو فى مصرين وهنا فى المصر الواحد يقسم القاضى وفى المصرين لايقسم . وعلى قول أبى حنيفة يقسم كل دار على حدة وأرض على حدة الا أن يرى القاضى الصلاح فى الجمع فيجمع الوقف كله فى دار واحدة وأرض واحدة

ويصير عند جمع القاضي في الحكم كأن الشركين اقتسما بأنفسهم وذلك جائز .
ولو أن رجلين بينهما أرض فوقف أحدهما نصيبه جاز في قول أبي يوسف .

فلو أن الواقف مع شريكه اقتسما وثمة خلاف القسمة دراهم معلومة إن كان الواقف هو الذي يأخذ الدراهم مع طائفة من الارض لايجوز لأن الواقف يصير بائعا شيئاً من الوقف بالدراهم وذلك فاسد ، وإن كان الواقف هو الذي أعطى الدراهم جاز ويصير كأنه أخذ الوقف واشترى بعض ماليس بوقف من نصيب شريكه بالدراهم فيجوز . ثم حصة الوقف وقف وما اشترى بالدراهم فذاك ملك له ولايكون وقفاً .
فإن أحتاج الى تمييز الوقف عن الملك يرفع الأمر الى القاضي حتى ينصب قيما يقاسمه . رجل وقف حريبا شائعا من أرض ثم قسمه فاصاب الوقف أقل من جريب لجودة هذه الطائفة التى وقعت في الوقف وزيد في ذرعان الطائفة الأخرى أوعلى العكس جاز لأن مثل هذه القسمة تجوز في الملك فكذلك في الوقف اذا كان فيه صلاح الوقف لتحقق المعدلة : هذه عبارة الأصحاب . قلت فالكلام في هذه المسألة يقع في موضعين : الأول في بيان أن قسمة الوقف لاتجوز بين مستحقيه — الثاني في جواز قسمة الوقف من الملك أومن وقف آخر .

أما الكلام في الأول وهي المسألة الثامنة من مسائل الوقف . فاعلم أن هذه المسألة وقع فيها قبلنا ملفتي قاضي القضاة شمس الدين ابن الحريري ونائبه القاضي شمس الدين بن العز وولده القاضي علاء الدين .

فالذى وقع فيه القاضي شمس الدين المذكور وقفت عليه وهو أهون مما وقع فيه ولده المذكور . وكذلك وقفت على ماوقع فيه القاضي علاء الدين المشار اليه وأما مانقل لى عن ابن الحريري فلم أقف عليه ولكنه يلي أنه قسم وقفا بين مستحقية لاغير وهو أسهل من الذى فعله القاضي علاء الدين المشار اليه . وأنا أذكر ان شاء الله تعالى ما وقع فيه كل منهما وما نقل عن الاصحاب فى هذه المسألة ليتضح وجه الحق ويزول الاشتباه فيها وأبين أن ما فعله المذكورون ليس هو مذهب أبي حنيفة ولا أحد من أصحابه . واتبع الكلام بعد ذلك بما نقل عن الأصحاب

فى هذه المسألة وتحرير أقوالهم فيها على وجه ظاهر ليس فيه اشكال ولا احتمال ولا ايهام. فنقول والله المستعان . فالذى وقع فيه القاضى شمس الدين احمد كوردهو جدى رحمه الله فصورته . أنه قسم وقف ابن السلوس بين مستحقيه وحكم بذلك والذى معه ولده القاضى علاء الدين أنه قسم وقف بهاء الدين الحنفى بين مستحقيه وجمع فيه بين الجنس المختلف مثل الحانوت مع الضيعة والارض مع الدار وقسم ذلك قسمة جمع بين مستحقيه وحكم بصحة القسمة ولزومها حالا ومآلا . وسألته قبل أن يحكم بها هل تصح المسألة ؟ قال لى لا ، وأن والدى فعل هذا وقال انه كان يعقلها ولكن لم أعرف أين مكانها ولا وقفت على نقل فيها . ومراده بالذى عمله والده وقف ابن السلوس المذكور . وأنا وقفت عليه بعد ذلك ولم يكن فيه أنه حكم بها ولا بلزومها حالا ولا مآلا ولا مايدل على هذا . هذا ماوقع لى فى هذه القسمة من القاضى شمس الدين وولده المذكورين وما نقل عن ابن الحريرى كما تقدم . فأما مذهب أبى حنيفة وأصحابه أن هذا لايجوز بالاجماع فانه ذكر فى الذخيرة قال فى قسمة الوقف من الملك أنه لايجوز عندهم وقال أبو حنيفة لايقسم ويتهايئون . وقال وأجمعوا على أن الكل لو كان وقفاً على الأرباب فطلبوا القسمة لايقسم ، ذكر المسألة فى النوازل وفى واقعات الناطفى . وصورة ماذكره فى النوازل . رجل وقف ضيعة له على بنيه وأراد أحدهم قسمتها ليدفع نصيبه مزارعة . قال قسمة الوقف لاتجوز من أحد وليس لأرباب الوقف أن يعقدوا على الوقف عقد مزارعة وانما ذلك للقيم . هذه عبارة الذخيرة . وذكر فى الكافى اذا قضى القاضى بجواز وقف المشاع ونفذ قضاؤه وصار متفقا عليه كسائر المختلفات فان طلب بعضهم القسمة ، قال أبو حنيفة لايقسم وقال أبو يوسف ومحمد يقسم وأجمعوا على أن الكل لو كان وقفا على الأرباب فأرادوا القسمة لايقسم . كذا فى المحيط هذه عبارة الكافى . وذكر فى المحيط مثل ماذكره الكافى بعبارته . وذكر فى الفتاوى الظهيرية قال والوقف متى كان على الارباب فأرادوا القسمة لايقسم . وذكر فى الخلاصة فى الفتاوى : وأجمعوا على أن الكل لو كان وقفا على

الأرباب فأرادوا القسمة لا يجوز . فهذه النقول كلها ناطقة بأن قسمة الوقف بين أربابه لا تجوز . فتبين أن ما فعله القاضي شمس الدين وولده وابن الخريري على خلاف المذهب وإجماع الأصحاب فلا يجوز لأحد من قضاة الحنفية أن يعمل مثل ما فعلوا ولا يتبعهم فيما وقعوا فيه . وما حملني على ذكر ما فعلوا الا خشية من أن يقف أحد من الحكام على شيء منه فيظن أن المذهب فيتبعه فيه فأردت أن أبين ذلك وأنه خلاف المذهب كيلا يقع فيه أحد ويستمر الحال جيلا بعد جيل وما كل أحد عنده كتب توجد فيها هذه المسألة ولا عند كل أحد من الحكام ثبت فهذا هو الحامل لي على ذكر ما وقع لا أنه على وجه التحقيق لهم وتزييف عملهم والله سبحانه وتعالى هو العليم بالسر والنجوى . ولكن بقي شيء من هذه المسألة نذكره ان شاء الله تعالى لاحتمال أن يظفر به أحد فينسب العبد الى عدم الاطلاع عليه وأنه حجة لهم في عملهم ويبقى حاملا لهم على الوقوع فيه وهو ما ذكره في خزانة الأكمل قال : لو اقتسم أرباب الوقف أرض الوقف وهم ينتفعون بنصيبهم جاز ومن أبى منهم بطلت القسمة هذه عبارة الخزانة . وفي القنية اذا اقتسم الموقوف عليهم الارض الموقوفة عليهم فلأحدهم ابطالها وفي فتاوى قاضيخان . لو أراد الواقف أن يقسم أرض الوقف ويعطي كل واحد من الذين الوقف عليهم حصة يزرعها ويكون له زرعها دون سائر شركائه لم يكن له ذلك الا أن يرضى أهل الوقف بذلك ولو قسم وفعل ذلك كان لأهل الوقف ابطاله وكذلك للواحد منهم . ولو فعل أهل الوقف ذلك فيما بينهم جاز ذلك ولمن أبى بعد ذلك ابطاله : وفي موضع آخر ذكر ما صورته . رجل وقف أرضه على أقوام معينين فأرادوا المهايأة فأخذ كل واحد منهم بعضا يزرعه لنفسه قال ان كانت التولية الى غيرهم فدفع المتولي اليهم مزارعة جاز وان كانت التولية اليهم أو الى غيرهم فأخذ واحد منهم بعضا ليزرعه لنفسه لا يجوز لأن حق الوقف مقدم على حقهم كالبداءة بالعمارة والمؤنة فلا يجوز . فهذه النقول أفادت جواز القسمة من الأرباب على جهة التراضي لا على جهة الاجبار واللزوم عليهم في الحال كما ذكره في القنية من قوله

(ولأحدهم إبطاله) ولا على جهة اللزوم مالا لأنه قال فى فتاوى قاضيخان (وان أبى بعد ذلك إبطاله) . فلابد أن ينظر فيما نقلناه أولا وفى هذه النقول الأخيرة وهل بينهما مخالفة أم لا . وهل يجوز العدول عن العمل بالأولى الى ماذكره فى الخزانة والقنية وفتاوى قاضيخان مع احتمال أن تكون العبارات لاصحابها أم لا ؟ فأقول لا مخالفة بين ماقدمناه أولا من اجماع الاصحاب وبين ماذكره فى الخزانه والقنية وفتاوى قاضيخان لأن الذى نقلناه أولا وهو قولهم « لا يقسم » معناه لايجيبهم الناظر ولا القاضى الى قسمته ولا يقسم بينهم وهذا اجماع . وماذكرناه أخيرا معناه على وجه التهايؤ فى الغلة لاعلى القسمة التى هى فرع ومساحة وتعديل لانها تفتقر الى أشياء لايمكن عملها هنا من طلب أولا ومن ثبوت الوقفية وقابلية القسمة وكل ذا يقتضى سابقة الدعوى الصحيحة وبعدها الاذن من القاضى وهذا لايمكن عمله فى هذه القسمة لأن الدعوى فيه لاتصح وكذا الطلب والاذن فيها وأيضاً فان أرباب الوقف حقهم فى الغلة لافى العين حتى جازت اجارة الوقف منهم وليس لهم أن يعقدوا عليه عقد مزارعة ولا اجارة وهو أخف من القسمة الشرعية فلأن لا يملكوا ما هو أعلى منه بالطريق الأولى . فلهذا المعانى حملنا قوله فى الخزانة وما معناه على التهايؤ فى الغلة بمعنى أن كل واحد يأخذ منه مكانا ويقطع حقه من غيره وذا صحيح وليس بقسمة بل نزل منزلة الاقرار بأنه لايستحق مع صاحبه شيئا . ألا ترى أنه قال فى القنية فلأحدهم ابطالها ولو كانت قسمة لما كان يملك أحد ابطالها بعد الاقتسام . ويؤيد ماذكرناه من الحمل على وجه التهايؤ ماصرح به قاضيخان فيما نقلناه عنه ثانيا من قوله « فأرادوا المهايأة » وفصل بين ما اذا كانت التولية لهم أو لغيرهم كما قدمناه فعلم أنها على وجه التهايؤ والتهايؤ قسمة فى الجملة واذا دار الامر بين أن نحمله على ماذكرناه وبين أن نحمله على حقيقة القسمة كان حمله على ماقررناه أولى جمعا وتوفيقا بين النقول كلها . هذا اذا تنزلنا وسلمنا التساوى . أما اذا نظرنا الى النقول الأولى وقول الاصحاب « وأجمعوا على أن الشكل لو كان وقفا على الأرباب فأرادوا القسمة لا يقسم » لايلتفت الى ماصرنا اليه

لأنها نقول فتاوى والأول نقل المذهب وإذا دار الأمر بين أن نفتي بقول الفتاوى وبين أن نفتي بما هو نص المذهب لا نفتي بقول الفتاوى بل نقول الفتاوى إنما يستأنس بها إذا لم يوجد ما يعارضها من كتب الأصول ونقل المذهب أما مع وجود غيرها لا يلتفت إليها خصوصا إذا لم يكن نصا صريحا على الفتوى وبهذا يحصل الجواب عن السؤال الثاني

جئنا إلى ما وقع فيه القضاة المذكورون : أما ما نقل عن ابن الحريري فلا أعلم حقيقة ما فعل فإن كان أذن وقسم وسجل وعدل وحكم بها أو أثبتها بلا حكم فكل ذلك لا يجوز . وإن كان قد أثبت إقرار المستحقين بما تهايئوا عليه لا غير فقد يقال فيه بالجواز على قول مرجوح وهو أن الثبوت ليس بحكم . وأما الذي وقع فيه القاضي شمس الدين بن النمر فلا يجوز أيضا لأنه حكم وأثبت وأذن وكل ذلك لا يجوز . وأما ما وقع فيه ولد القاضي علاء الدين فهو أصعب من الكل فإنه أذن وندب الشهود للتعديل والتقويم وجمع بين الحبسين المختلفين وأثبت ذلك وحكم بصحة القسمة ولزومها حالا ومآلا . وهذا مشكل من وجوه كثيرة : من الإذن في الجمع بين الحبسين المختلفين إلى الحكم بها إلى ندب الشهود للتقويم بالدراهم إلى ثبوت ذلك إلى الحكم بصحته والحكم بلزومه حالا إلى الحكم بلزومه مآلا فهذا الحكم لا يجوز أصلا على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة وأصحابه ولا على تخريج ولا على قول ضعيف بل هو فعل يستوجب النقض نسأل الله العافية فيجب على كل من تقلد القضاء على مذهب هذا الإمام أن يتجافى هذه المسألة والدخول فيها ويتحفظ منها ولا يغتر بغيره ولا يقلده بل يقف عند ما قد أثبته في هذه الأوراق والله المسئول أن يعصمنا وإياه من الخطأ والخطل ويجنبنا عن الزيغ والزلل : هذا ما يتعلق ببيان عدم جواز قسمة الوقف بين مستحقيه

فأما ما يتعلق بجواز قسمة الملك من الوقف أو الوقف من الوقف فنقول : إذا وقف الإنسان نصف أرضه مثلا على جهة فلا يخلوا إما أن كان النصف الآخر له أولا ، فإن كان له فلا يخلوا إما أن وقفه أم لا فإن كان وقفه فلا يخلوا إما أن كان

وقفه على الجهة التي وقف النصف الأول عليها وجعل ولايته الى ناظر الاولى أم وقف النصف الثاني وجعل ولايته الى آخر أو لم يقفه أصلا : في الوجه الأول وهو أن يكون وقف النصف الآخر على جهة النصف الأول وجعل ولايته الى ناظر النصف الأول وهذه الصورة غير منقولة بمجموعها ولكن ذكر هلال فيما نقلناه عنه ما يستأنس به في تخريج جوابها . وصورة ما قاله هلال قال لو وقف نصف أرضه ثم أراد أن يقسم ذلك ويحوزه قال لا يجوز له أن يقسم هذه الارض لأنه يقاسم نفسه حتى يكون القاضي هو الذي يقسمها أو يوكل بذلك من يقسمها . فامتنعت قسمته فيها لكونه يقاسم نفسه فاذا وكل أو رفع الأمر الى القاضي يجوز لزوال المانع . فكذا في هذه الصورة التي ذكرناها يقال لا يملك أن يقسمها لأنه يقاسم نفسه من نفسه وهو لا يجوز . فان كان الواقف حيا ينبغي أن يقسم أو يوكل من يقاسم الناظر ويكون ناظرا آخر لأن الواقف يملك أن يقيم ناظرا آخر مع الناظر الأول ويشارك بينهما . ولا يقال ينبغي ألا تجوز هذه القسمة وان أقام ناظرا آخر لأن الجهة واحدة ، لأنا نقول اتحاد الجهة ليس مانعاً للقسمة مع تعدد النظار ، ألا ترى ما قال الخصاف فيما نقلناه عنه من قوله : قلت أرأيت رجلا وقف نصف أرضه في وجوه سماها ثم ولى هذا النصف رجلا في حياته وبعد وفاته ثم وقف النصف الآخر في وجوه أخرى سماها وولى ذلك رجلا آخر ثم توفي فأراد الوصيان أن يقتسما ذلك قال لهما أن يقتسماها ويأخذ كل واحد منهما النصف الذي جعل اليه ولايته فيكون في يده . قلت وكذلك لو كان وقف النصف الآخر في تلك الوجوه التي وقف فيها النصف الأول ثم مات قال لهما أن يقتسما ذلك بعد ان صرح بأن اتحاد الجهة مع تعدد النظار غير مانع لقسمة فكذا فيما نحن فيه . وأما الوجه الثاني وهو اذا وقف النصف الثاني وجعل ولايته الى آخر ففي هذا الوجه تصح القسمة سواء كان الوقف على الجهة الأولى أم على جهة أخرى وقد تقدم . ولا شك أن هذا بمنزلة الوصيين اذا أرادا قسمة المال فانه يقسم بينهما فيدفع الى كل وصي نصفه يحفظه عنده : وأما الوجه الثالث وهو اذا لم يقف الواقف النصف الآخر وأبقاه على ملك نفسه

ثم أراد قسمته من النصف الذى وقفه وهذه الصورة ذكرها الخصاف أيضاً فيما نقلناه عنه وحمل الخولف أنه ليس له أن يقسم لأنه يقاسم نفسه ولكن يرفع الامر الى القاضى حتى يقيم قيما فيقاسم الواقف ويحوز حصة الوقف . هذا كله اذا كانت الأرض لشخص واحد . فلو كانت بين اثنين فوقف أحدهما نصيبه فنقول : لا يخلو اما أن يكون وقف الآخر أولا . وفى كلتا الصورتين تجوز القسمة ويحوز كل نصيب على حدته . ولو كان مكان الأرض الواحدة التى ذكرناها أراض أو دور وهى بينهما نصفان ووقف أحدهما نصيبه أو وقف كل منهما نصيبه ثم أرادا قسمة ذلك على جهة الجمع بحيث تجمع سهام كل نصيب فى أرض أو أرضين أو دار أو دارين هل يجوز ذلك أم لا ؟ فنقول ان فى الصورة الاولى وهى اذا وقف أحدهما ولم يقف الآخر انه تجوز القسمة على وجه الجمع ان كان فى ذلك حظ للوقف وهذه الصورة ذكرها هلال فيما نقلناه عنه . وأما الصورة الثانية وهى اذا وقف كل منهما نصيبه وأراد أن يجمع كل نصيبه فى أرض أو أرضين أو دار أو دارين أو طلب ذلك قيم كل وقف من القاضى فالظاهر أنه لا يجوز الجمع بل يقسم كل أرض أو دار على حدة، ومع ذلك الا ان الخصاف وهلالا ذكرا فى الصورة الاولى ان فى قول أبى حنيفة لا يجوز وفى قول أبى يوسف يجوز ان كان اصلح للوقف فى الخصاف، وفى هلال ان كان فى ذلك حظ للوقف وفى هذه الصورة لا يمكن لأنه ان كان فى ذلك حظ لأحد الوقفين فليس للوقف الآخر حظ وقد شرط أن يكون فى ذلك حظ الوقف وهو متعذر فى هذه الصورة فلهذا قلنا ينبغى ألا يجوز وصار كما قال فى المحيط وغيره فى انه لا يجوز أن يشترى مال يتيم ليتيم آخر وعللوا هناك بأنه ان كان فيه مصلحة لأحدهما فليس للآخر مصلحة ومسألة الوقف أخت مسألة مال اليتيم . بقى لنا أن يقال أن للواقف مع شريكه فى الصور المتقدمة أو الناظر مع شريكه أو مع ناظر آخر من جهة وقف آخر أو مع شريك مالك أن يقسم الوقف بدون أمر القاضى كالقسمة على جهة التراضى فى الأملاك أم لا بد من قسمة القاضى بين الوقف والوقف أو بين الوقف والملك . الظاهر انهم يملكون

ذلك من غير دخول دراهم فى القسمة من جهة شريك مالك وهذه المسألة ذكرها
هلال فيما نقلناه عنه من قوله « فأراد شريكه أن يقاسمه الارض قال فله ذلك
ويؤخذ بمقاسمة شريكه . قلت فلو قسم الآخر بدون القاضي قال القسمة جائزة
لان الولاية للواقف ، قلت وكذلك لو كان الواقف قد هلك وأوصى الى رجل
كان للوصية أن يقاسم شريكه فى الأرض قال نعم » فقد صرح أن الواقف يملك
ذلك بغير أمر القاضي وكذلك وصية . ولا يقال ان المراد من الوصي الذي هو
وصى فى أمور الواقف وأمواله وأولاده دون نظر الوقف . لأنا نقول الوصي يملك
نظر الوقف ضمناً للوصاية وفى ذلك خلاف بين المشايخ وناظر الوقف يملك الولاية
قصداً ولا خلاف فيه فاذا أريد كما قلتم بقوله وصى الواقف وصى المال والأولاد
وأنه هو الذي يملك القسمة فى الوقف أيضاً كالواقف لها فبالطريقة الأولى أن
يملك ناظر الوقف القسمة لأن ما ثبت ضمناً هو أضعف مما يثبت قصداً . على أن
هلالا والخصاف وغيرهما يذكرون لفظ الوصي فى كتب الأوقاف ومرادهم به
ناظر الوقف كما يذكرون لفظ القيم ومرادهم الناظر فهذا فى الحقيقة تغيير اصطلاح
لا تغيير حكم والله أعلم . وهذا الذي ذكرته من قسمة الجمع فى حق الوقف من الملك
انما يجوز أن يجمع سهام الوقف فى مكان واحد اذا كانت القسمة بالتراضي أما اذا
كانت على وجه الاجبار فلا . وبيانه أن هلالا والخصاف قالا « اذا كان فيه حظ
للوقف ومصلحة » وهذا يعم التعديل فى جهة قسمة الاجبار فان القاضي لا يجوز
له أن يجبر على ما فيه مصلحة لجهة الوقف أوحظ لجهة دون جهة بل من شرط
قسمة الاجبار اعتبار جهة التعديل لكل واحد من الشركاء مأخوذ من المعنى ، وفى
الوقف مع الملك لا يمكن اعتبار التعديل فيه اذا كانت القسمة على وجه الجمع لأنهم
شرطوا أن يكون للوقف الأصلح وأن يكون فيه حظ له أيضاً بخلاف الملك مع
الملك لأنهم لم يشترطوا أن يكون لأحد من الشريكين حظ فى القسمة بل قالوا
اذا كان فيه مصلحة للكل فيفوض الرأى فيه الى القاضي ولا شك أن هناك يمكن
اعمال المصلحة لكل من الشركاء أن يجمع سهامه على جهة التعديل فى مكان واحد

من غير أن يكون فيه حظ له دون صاحبه وفي الوقف لا يمكن ذلك كما قلناه .
فتلخص من هذا كله أن القاضي لا يجوز له أن يقسم قسمة الجمع بين الملك والوقف على وجه الاجبار بمعنى أنه اذا طلب ذلك ناظر الوقف وامتنع الشريك المالك من القسمة أن يجبره القاضي ويقسم بل لا بد أن يكون على وجه التراضي من الشركاء كلهم

المسألة التاسعة في الوقف على الأقرب فالأقرب

وأما مسألة الأقرب فالأقرب كما يقع في كتب الاوقاف من الشروط من قول الواقف وعلى أنه من توفى منهم عن غير ولد ولا ولد ولد ولا نسل ولا عقب عاد نصيبه من ذلك الى من معه في درجته وذوى طبقته من أهل الوقف يقدم الأقرب اليه منهم فالأقرب ، ويسأل عما عمن توفى منهم عن غير ولد كما ذكرنا وفي درجته اخوة متفرقون أخ لأب وأم وأخ لأب وأخ لأم فمن يصرف المتصرف نصيب المتوفى هل يختص به الشقيق ثم يشاركه الذى لأب أو الذى لأم أم يشتركون فيه؟

فاعلم أن هلالا ذكر في وقفه في باب « الرجل يقف أرضا على قرابته يبدأ بالأقرب فالأقرب منهم الى الواقف فيعطى من الغلة ثم الذى يليه » قلت : أرأيت رجلا قال أرضى صدقة موقوفة على قرابتي يبدأ بالأقرب فالأقرب الى نسبا ورحما فيعطى من غلة هذه الصدقة في كل سنة ما يكفيه من طعامه وكسوته ثم يعطى بعد ذلك من يليه في القرب حتى ينتهى ذلك الى من جعلت هذه الصدقة منهم ، قال فالوقف جائز وهو على ما شرط . قلت : أرأيت لو كان له أخوان أحدهما لأب وأم والآخر لأب قال يبدأ بالذى للأب والأم قبل الذى للأب . قلت : أرأيت ان كان أحدهما لأب والآخر لأم قال أما على قول أبي حنيفة فيبدأ بالذى لأب قبل الذى لأم وأما على القول الآخر فهما جميعا سواء . قلت : أرأيت ان كان له عم وخال قال يبدأ بالعم في قول أبي حنيفة وأما القول الآخر فهما جميعا سواء . قلت ارأيت ان كان له أخ لأب وابن أخ لأب وأم قال يبدأ بالأخ من الأب قبل ابن الأخ من الأب والأم . قلت : أرأيت ان كان له ثلاثة أعمام متفرقين قال يبدأ بالعم

لأب وأم ثم بالعم لأب ثم بالعم لأم على قول أبي حنيفة وأما في القول الآخر فالعم من قبل الأب والعم من قبل الأم سواء . وذكر في موضع آخر في باب « الرجل يقف على قرابته الأقرب فالأقرب » قال : قلت أرأيت رجلا قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله على قرابتي الأقرب فالأقرب كيف تقسم الغلة بينهم قال يبدأ بأقرب قرابته إليه فيعطى جميع غلات هذه الصدقة دون من أبعد منه . قلت أرأيت إن كان أقربهم إلى الواقف واحدا قال يعطى الغلة كلها . وإن كانوا جماعة فهلك بعضهم قال تكون الغلة لمن بقي منهم . قلت : فإذا انقرضوا لمن تكون الغلة ؟ قال لمن يليهم في الأقرب من القرابة بطنا بعد بطن حتى تصير الغلة إلى أبعدهم قرابة على ما وصفت لك . وقال أبو يوسف إذا قال الرجل أرضي صدقة موقوفة على قرابتي الأقرب فالأقرب فالغلة لهم جميعا بينهم بالسوية وأقربهم من الواقف وأبعدهم فيها سواء . وهذا القول ليس عندي بشيء والقول الأول قولنا وهو قول محمد بن الحسن . قلت وكذلك لو قال على قرابتي على أن يبدأ فيعطى غلتها الأقرب فالأقرب قال نعم هذا الباب هو والأول سواء . قلت : وكذلك لو قال على قرابتي على أن يبدأ بأقربهم إلي ثم الأقرب وإن لم يقل يعطى غلتها قال هذا والباب الأول سواء ويعطى أقربهم جميع الغلة عندنا . وذكر الخصاف في وقفه في باب « الرجل يقف الأرض على أقرب الناس منه أو على أقرب رحم إلى الواقف » من قال . أرأيت إن قال قد جعلت أرضي صدقة موقوفة لله أبدا على أقرب الناس مني أو على أقرب الناس إلي ومن بعده على المساكين قال فالوقف جائز وتكون الغلة لأقرب الناس منه . قلت : فإن كان له ثلاثة إخوة متفرقين قال الغلة لأخيه لأبيه وأمه . قلت فإن كان له أخ لأب وأخ لأم قال فالغلة لهما جميعا لأن الأخ من الأب قرابته منه بأبيه والأخ من الأم قرابته منه بأمه وليس يكون الوقف على قدر حال المواريث . وذكر في باب « الرجل يقف الأرض على قرابته على أن يعطى الأقرب فالأقرب يبدأ بأقربهم » قال أرأيت رجلا قال يبدأ بأقرب الناس إلي من قرابتي فيعطى من غلة هذه الصدقة ما يكفيه لطعامه وكسوته ثم يعطى

بعد ذلك من يليه في القرب حتى ينتهي ذلك الى آخر قرابتي ، قال هذا جائز ويعمل على ما شرط من ذلك ، قلت . أرأيت إن كان له اخوان أحدهم لاب وأم والآخر لأب قال يبدأ بالأخ من الأب والأم ثم بعده الأخ من الاب ، وكذلك الأخ من الأم فانه يقدم الأخ من الأب والأم ثم لاخ لأب ثم لأم في أحد القولين ، قلت . أرأيت ان كان له اخوان أحدهما لأب والآخر لأم قال أما على قول أبي حنيفة فانه يبدأ بالذي للأب ثم الذي للام وأما على القول الآخر فالغلة بينهما . قلت فان كان له ثلاثة اخوة متفرقين قال يبدأ بالأخ للأب والأم وعلى قول أبي حنيفة يبدأ بعده بالأخ للأب ثم الاخ للأم ، وعلى القول الآخر يكون ما بقي من الغلة بعد الذي يأخذه الاخ من الأب والأم بين الاخ من الاب وبين الاخ من الام . وذكر في الذخيرة قال : اذا وقف على أقرب الناس منه ومن بعده على المساكين وله ابن وأب دخل تحت الوقف الابن لانه أقرب الناس اليه ، فان كان له ثلاثة أخوة متفرقين فالغلة للاخ الاب و لام فان كان له أخ لاب وأخ لام فالغلة لهما جميعا ؛ وعند أبي حنيفة الأخ لاب أولى . فان كان للواقف أم واخوة كانت الغلة للام دون الاخوة . وكذلك اذا كان له موجد فالام أقرب من الجد ومن الاخوة . فان كان له جد أبو أب واخوة فالغلة للجد في قول أبي حنيفة لأنه يرى الجد بمنزلة الاب ، وفي قوله الآخر الأخوة دون الجد . وذكر في وقف حرانة الاكمل قال : وقف ارضه على قرابته يبدأ بالأقرب الى الواقف فيعطى له القوت من الغلة ثم الذي يليه من هو أمس رحماً من طعامه وكسوته ثم من يليه الى من يلحقه هذه الصدقة على ما شرطنا ، ويبدأ بالاخوة لاب وأم ثم بالذي من الأب ثم من الام أما لو كان احدهما لأب والآخر لام فعند أبي حنيفة يبدأ بالذي من الاب وعندهما هما سواء والاخ مقدم من أي جهة كانت على ولد الاخ لاب وأم وكذا في الاعمام . وذكر بعد هذا قال لو وقف على أقرب قرابته يعطى لمن هو أقرب الى الواقف دون من بعده وان كان الاقرب واحدا فانه يعطى الكل له ، ثم ان انقرض الاقرب يعطى الذين يلونه وعند أبي

يوسف يعطى لمن قرب وان بعد على سواء وان شرط على أقرب القرابة ، والأول أحسن وهو قول محمد عنده عبارة الخزانة . قلت . فبدلنا من هذا اختلاف غريب وحكم عجيب من أن أبا يوسف لم يعتبر لفظ أقرب فى التقديم بل سوى بينه وبين الأبعد ولم أعرف عنه هذا من غير هذا الكتاب . ومما نقلناه فى وقف هلال فى الوقف على قرابته الأقرب فالأقرب فاتفق معنى ما ذكره فى الخزانة عن أبى يوسف فيبقى فى المسألة التى سبق الكلام لأجلها وهى الواقعة فى كتب الاوقاف « أن من مات من غير ولد يصرف نصيبه الى من هو فى درجته وذوى طبقته يقدم الأقرب اليه منهم فالأقرب » خلاف وحينئذ لو كان للميت عن غير ولد اخوة متفرقون منهم يشتركون فيه ولا يختص به الشقيق على ما نقله فى الخزانة من قوله « ان عند أبى يوسف انه يعطى لمن قرب وان بعد » كما قدمناه لأنه لا فرق بين أن يقول على أقرب قرابتى أو على الأقرب فالأقرب لأن كلا صيغة أفعل التفضيل فقد صرح فى وقف هلال بما قدمناه وقد ثبت لنا فى أقرب قرابتى وفى الأقرب فالأقرب ان عند أبى يوسف كما ذكره فى الخزانة ، وكما ذكره هلال لا يختص به من هو أقرب الى الواقف بل يشترك فيه الأقرب والأبعد فكذا فيما نحن فيه . وبهذا يصان حكم قاضى القضاة حسام الدين الرازى عن أن يتعرض اليه بنقض وهو الذى حكم به لأناس منهم شخص يقال له صلاح الدين بن الكعكى وقضى عليه . وصورته انه حكم فى كتاب وقف شرط فيه ما ذكرناه وهو أن من توفى منهم عن غير ولد ولا ولد ولد ولا نسل ولا عقب عاد نصيبه الى من هو فى درجته وذوى طبقته من أهل الوقف يقدم الأقرب فالأقرب . فحكم بانتقال هذا النصيب الى الأخ الشقيق والاخ من الاب لكن لم يظهر من كلامه ما يدل على أنه ظاهر بهذا النقل بل حلل فى استحقاله بأن هذا قوة قرابة لا أقربية . ولا يقال انه ينبغى أن ينقض لانه لما قال بأنه قوة قرابة خرج أن يكون قصده مذهب أبى يوسف من التسوية بين الأقرب والأبعد لأنا نقول نهايته أن يكون جاهلا بمذهب أبى يوسف فيه وهذا لا يخرجه عن أن يكون حكمه فى محل اجتهاد فى المسألة فيكفى

به ولا ينقض وخصوصا وهو الحق لقول أبي يوسف والفتوى في الوقف على قوله على ماهو عليه أكثر المشايخ . وكان قاضي القضاة تقي الدين الشافعي السبكي قد تحدث معي بعد ذلك وقال هذا حكم غير صحيح وطلب نقضه فما وافقته عليه وقلت له هذا موضع اجتهاد وهو وجه عندك في مذهب الشافعي وأحمد وملائم لقول أبي يوسف على ما نقلناه من وقف هلال والخزانة ، والحكم بهذا لاقي محل اجتهاد لا ينقض ، وما كنت أذكر هذا النقل عن أبي يوسف مع اني مررت عليه مرارا وفي الجملة توجيهه ضعيف لأنه يلزم منه الغاء صيغة أصل بلا دليل والغاء مقصود الواقف من تقديم الاقرب وهو مشكل والله أعلم

المسألة العاشرة في وقف أهل الذمة

ذكر الخصاف في وقفه « باب وقف أهل الذمة » واذا وقف الرجل من أهل الذمة نصرانيا أو يهوديا أو مجوسيا أرضا له أو دارا أو عقارا على ولده وولد ولده ونسله وعقبه أبدا ما تناسلوا وجعل آخر ذلك للمساكين فذلك جائز قلت فهؤلاء المساكين من هم ؟ قال من سماهم الواقف . قلت فان لم يسمهم الواقف قال فأي المساكين فرق ذلك فيهم فهو جائز قلت فان فرق ذلك في مساكين المسلمين قال فهو جائز وان فرق ذلك في مساكين أهل الذمة جاز قلت فان قال جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبدا على مساكين أهل الذمة والواقف نصراني قال الوقف جائز تفرق غلته في مساكين أهل الذمة فان فرق ذلك في مساكين النصارى أو اليهود أو المجوس جاز ذلك. قلت: فما تقول ان خص الواقف النصراني فقراء النصارى فقال اذا انقرض ولدي ونسلي ولم يبق منهم أحد جعلت غلة هذه الصدقة في فقراء النصارى قال هو جائز وتفرق الغلة بعد انقراض أهل الواقف في فقراء النصارى على ما وقف. قلت: فلو فرقها القيم على فقراء اليهود أو المجوس قال فهو مخالف ويضمن ما فرق من ذلك . قلت : ولو شرط الواقف وهو نصراني أن تصرف غلتها في فقراء اليهود أو المجوس قال هو جائز . قلت أرأيت الذمي اذا وقف وقفا وجعل غلته لفقراء المسلمين قال هو جائز وتفرق الغلة في فقراء المسلمين

كما قال من قبل أن هذا مما يتقرب به أهل الذمة في دينهم فهو طاعة لله عز وجل:
قلت أرأيت إذا جعل الذمي داره بيعة أو كنيسة أو بيت نار في حياته وصحته وأشهد على ذلك وأنه قد أخرجه عن ملكه للوجه الذي ذكره . قال هذا باطل وهو كسائر أمواله ويورث عنه إذا مات . قلت : فما تقول في الذمي الذي يجعل داره مسجدا للمسلمين وبناه كما تبنى المساجد وأشهد عليه وأخرجه عن ملكه وأذن للناس بالصلاة فيه قال هذا عندنا قربة وليس قربة عندهم وهو باطل لا يجوز من قبل أن هذا ليس مما يتقرب به أهل الذمة إلى الله تعالى كما لو أوصى أن يحج عنه فهو باطل .
قلت : فإن أوصى الذمي أن تبنى داره هذه مسجدا لقوم بأعيانهم أو لأهل محلة بأعيانهم قال أستحسن أن أجيز هذا من قبل أنها وصية لقوم بأعيانهم كما لو أوصى أن يدفع ثلث ماله إلى قوم بأعيانهم يحجون به فالوصية جائزة ويدفع ذلك إليهم إن شاءوا حجوا وإن شاءوا لم يحجوا . قلت : أرأيت الذمي إذا وقف أرضا له أو دارا على بيعة أو كنيسة أو بيت نار قال إن كان فعل هذا في صحته فالوقف باطل وهو ميراث عنه إذا مات وله بيعه في حياته . قلت وكذا لو قال على أن تصرف غلة هذه الصدقة فيما يحتاج إليه هذه البيعة من البناء والمرمة قال هذا باطل لأنه معصية وليس مؤبدا وكذا في الإسراج فيها وصلاحها وكذا لو قال تجرى غلة هذه الصدقة على الرهبان والقسيسين قال هذا باطل . قلت فإن خص فقال الرهبان والقسيسين الذين في بيعة كذا وكذا قال هذا باطل . قلت فما تقول إن قال تجرى غلتها على فقراء بيعة كذا وكذا قال هو جائز من قبل أنه إنما قصد في هذا إلى الصدقة . ولو جعل أرضه صدقة موقوفة تنفق غلتها على بيعة كذا فإن خربت هذه البيعة كانت غلة هذه الصدقة بعد النفقة عليها في الفقراء والمساكين قال يجوز الوقف ويكون الغلة في الفقراء والمساكين ولا ينفق على البيعة من ذلك شيء . قلت والذي يجوز لأهل البيعة من ذلك ؟ قال ما كان عند المسلمين قربة إلى الله تعالى وما كان عند أهل الذمة فاجتمع فيه الأمران من المسلمين ومنهم أجزته وأمضيته وما كان عند أهل الذمة قربة وليس هو قربة عند المسلمين لم يجز وكذلك ما كان عند المسلمين قربة ولم يكن عند أهل الذمة قربة لم يجز ذلك إلا

ماذكرته مما خص به قوما بأعيانهم . قلت فان قال الذمي يجعل غلة هذه في
في أكفان الموتى أو قال في حفر القبور قال هذا جائز ويكون الغلة في أكفان موتاهم
وحفر القبور لفقرائهم . ولو قال أرضي صدقة موقوفة تفرق غلتها في فقراء جيراني
وله جيران مسلمون ونصارى ويهود ومجوس وهو نصراني قال الوقف جائز وتفرق في
فقراء جيرانه من المسلمين وغيرهم . قلت . فان قال أرضي صدقة موقوفة تكون
غلتها في ثمن زيت للاسراج في بيت المقدس قال هذا جائز لانه قربة عندنا
وعندهم . فان قال يشترى مما استغل من هذه الصدقة بعد النفقة عليها عبيد فيعتقون
عني في كل سنة أو قال في بعض ذلك ، قال هذا كله جائز . قلت فما تقول في المرتد
من الاسلام اذا انتحل دينا من أديان أهل الذمة اما دين النصرانية أو دين اليهود
أو دين المجوس فوقف ضيعة في حال ردته ، قال أما قول أبي حنيفة رحمه الله فانه
ان قتل على ردته أو مات بطل وقفه ولم يجز ما صنع من ذلك . وأما قول محمد بن
الحسن رحمه الله فانه يجيز له من ذلك ما يجوز لأهل الدين الذي انتحله ويسلك به
تلك السبيل . قلت والنساء من أهل الذمة في جميع ما ذكرت من أمر صدقاتهن
ووقوفهن بمنزلة الرجال قال نعم . قلت فما تقول في المرتدة من أهل الاسلام قال
أما في قول أبي حنيفة فانه يجيز لها الوقف ان وقفت شيئا وتصيره على ما تسميه الا
أن تكون جعلت ذلك لقوم بغير أعيانهم مثل الحج والعمرة وما أشبه ذلك فلا
يجوز هذا . قلت فما تقول ان وقف النصراني وقفا على ولده وولد ولده ونسلهم
أبدا ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين وشرط أن كل من اسلم من ولده وولد
ولده ونسلهم فهم خارجون من صدقته قال هذا جائز وهو على ما شرط من ذلك .
قلت وكذلك ان قال من انتقل من دين النصرانية من ولدي وولد ولدي ونسلي
وعقبي الى غير دين النصرانية فهو خارج من صدقتي ولا حق له فيها فانتقل بعض
ولده الى دين الاسلام وبعضهم الى دين اليهود وبعضهم الى دين المجوس قال له
شرطه وما استثنى من ذلك ينفذ على ما قال وعلى ما جعل من ذلك . قلت فما تقول
ان وقف الذمي وقفا ثم جحده فشهد عليه بذلك شاهدان يهوديان أو نصرانيان

أو مجوسيان قال الكفر كله ملة واحدة وشهادة بعضهم على بعض جائزة اذا كانوا عدولا فى أديانهم . قلت فان شهد شاهدان على شهادة شاهدين والشهود كلهم من أهل الذمة قال ان كانوا عدولا فى أديانهم فالشهادة جائزة . قلت فان شهد عند القاضى مسلمان على شهادة نصرانيين على اقرار الواقف بالوقف قال فالشهادة جائزة . قلت فان شهد ذميان على شهادة رجلين مسلمين على اقرار الواقف بالوقف قال لا تقبل شهادة أهل الذمة على شهادة مسلمين من قبل ان أهل الذمة لا يؤدون عن المسلمين ما شهدوا من الشهادة فلا يقبل قول أهل الذمة على المسلمين فيما يشهدون من الشهادة على شهادتهم . قلت والذمى فيما يشترطه فى وقفه اذا كان صحيحا بمنزلة المسلم فيما يشترطه من الزيادة والنقصان وادخال من أراد ادخاله واخراج من أراد اخراجه من الوقف وفى الاستثناء لنفسه أن ينفق من غلة هذا الوقف قال نعم هو بمنزلة المسلم فى ذلك فما جاز للمسلم أن يشترطه من هذه الشروط كان للذمى مثل ذلك . قلت والبيع والاستبدال كذلك قال نعم ذلك كله جائز له . قلت وكذلك النساء منهن بمنزلة الرجال قال نعم . قلت وان أقر الذمى أن الأرض التى فى يده وقفها مسلم على البيع والكنائس أو أقر أن المسلم وقفها على شىء من الوجوه التى لا يتقرب بها المسلمون الى الله تعالى قال اقراره بالوقف على هذه الاشياء باطل لا يجوز . قلت وما حال هذه الأرض وما السبيل فيها قال أخرجها من يده وأجعلها لبيت مال المسلمين لأنه أقر أن ملكها لرجل مسلم . قلت . فان كان الاقرار فى المرض الذى مات فيه قال ان كانت تخرج من ثلث ماله فاقراره بما أقر من ذلك جائز على ورثته وان كانت لا تخرج من الثلث كان مقدار ثلث ماله خارجا من أرضه فيجوز اقراره فى ذلك فيما يتقرب به المسلم الى الله تعالى ويبطل اقراره فى ذلك فيما لا يتقرب به الى الله تعالى وتكون تلك الأرض لبيت المال . قلت فما تقول ان كان لم يقر بأن مسلما وقفها ولكنه قال رجل من أهل الذمة كان يملكها وقفها على وجوه سماها ، قال يجوز اقراره فى هذه الأرض فيما كان يجوز وقفه فيها أن لو وقفها على ما فسرها وشرحها فى باب وقف الذمى ويبطل اقراره فيما لا يجوز وقفه فيها لو وقفها

هو . قلت فإذا بطل الوقف في حال الأرض وما السبيل فيها؟ قال تخرج من يده ويكون لبيت مال المسلمين لأنه لم يسم مالكا.

المسألة الحادية عشرة : الوقف في المرض الذي يتصل به الموت

ذكر الخصاف في وقفه قال . لو أن رجلا مريضا جعل أرضا له صدقة موقوفة لله أبدا على ولده وولد ولده ونسله وعقبه أبدا ما تناسلوا ثم من بعدهم على المساكين فإن كانت هذه الأرض تخرج من الثلث أخرجت وكانت موقوفة تستغل ثم تقسم غلتها على جميع ورثته على قدر مواريثهم منه ، فإن كان له زوجة وله ولد كان لزوجته الثمن ، وإن كان له أبوان كان لهما السدسان ويكون الباقي من الغلة بين ولده لصلبه للذكر منهم مثل حظ الأنثيين فتكون هذه الغلة جارية على هذا ما دام ولده لصلبه أحياء . هذا إذا لم يكن له ولد ولد ، فإن كان له ولد لصلبه وولد ولد قسمت الغلة على عدد ولده لصلبه وعلى عدد ولد ولده فما أصاب من ذلك ولده لصلبه قسم بين ورثته جميعا على قدر مواريثهم من قبل أن هذه وصية ولا وصية لوارث لا تجوز ، فما أصاب من كان يرثه من ولده من غلة هذا الوقف قسم ذلك بين جميع ورثة الواقف على قدر مواريثهم عنه وما أصاب من لا يرثه من ولد ولده من هذه الغلة كان ذلك لهم . فإذا انقرض ولده لصلبه قسمت غلة هذه الصدقة بين ولد ولده ونسله على ما قال ولا يكون لزوجته ولا لأبويه من ذلك شيء . قلت فإن كانت هذه الأرض لا تخرج من ثلث مال الواقف قال يكون ثلثاها ميراثا بين جميع ورثته على قدر مواريثهم عنه ويكون ثلثها موقوفا تقسم غلته إذا جاءت على ولده لصلبه وولد ولده جميعا إن كان له ولد وولد ولد فما أصاب ولده لصلبه يقسم ذلك بينهم وبين سائر ورثته على قدر مواريثهم وما أصاب ولد الولد من ذلك سلم لهم . وإن لم يكن له ولد ولد قسمت الغلة بين ولد الصلب وبين سائر الورثة على قدر مواريثهم ، فإذا انقرضوا أنفذت الغلة على ما سبلها الواقف . قلت أرأيت إن جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبدا وهو مريض على وارث من ورثته دون غيره وهي تخرج من ثلث ماله قال إن أجاز ذلك بقية ورثته فالوقف جائز وتكون الغلة للوارث الذي وقفها عليه ،

وإن لم يجز ذلك الباقون من الورثة كانت الأرض وقفاً من الثلث فتكون غلتها
بين من وقفت عليه وبين سائر الورثة على قدر مواريثهم من الوقف ، فإذا مات
الوارث الذي وقفت عليه هذه الأرض كانت غلتها للفقراء . قلت فإن مات بعض
ورثة الواقف والذي وقفت عليه الأرض في الحياة قال تكون الغلة بين من وقفت
عليه وبين من بقي من الورثة وبين من مات منهم فما أصاب الأحياء منهم أخذوه
وما أصاب من مات منهم كان ذلك لورثته فلا يزال ذلك كذلك ما دام الموقوف
عليه الأرض حياً فإذا مات كانت الغلة للمساكين . قلت فإن قال أرضي هذه
صدقة لله أبداً تجري غلتها على جميع ورثتي ثم من بعدهم على المساكين وهي تخرج
من الثلث ، إن ذلك جائز عن صاحبه تكون غلتها جارية على جميع ورثته على قدر
مواريثهم فإذا انقرضوا كانت الغلة للمساكين . قلت : وكذلك إذا مات بعض
الورثة وهي في المرض قال إن مات منهم سقط سهمه وأجريت الغلة على من كان باقياً
منهم حتى ينقرضوا جميعاً فإذا انقرضوا أجريت الغلة على المساكين . قلت أرأيت
إذا قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبداً على ولدي بينهم بالسوية وله أولاد
ذكور وإناث قال إن أجازوا ذلك فهو جائز على ما سمى وإن لم يجيزوا كانت وقفاً
من الثلث للذكر منهم مثل حظ الأنثيين ، وإن كانت له زوجة أو والدة دخلت
معهم في غلة هذا الوقف وكان لها بقدر ميراثها من هذه الغلة ، قلت ومن مات
من ولده كان نصيبه من غلة هذه الصدقة لورثته قال نعم . وذكر هلال في وقفه
قال . قلت : فإن قال في مرضه أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي بالسوية وله أولاد
ذكور وإناث قال إن أجازوا ذلك فهو جائز وإلا كانت الغلة بينهم للذكر مثل
حظ الأنثيين . قلت أرأيت إن كانت له زوجة قال فلها الثمن من الغلة [illegible]
وسواء ذكرها في الوقف أو لم يذكرها قال نعم . قلت : أرأيت إن مات بعض
الولد بعد ذلك قال يكون لورثة من هلك منهم مثل ما كان نصيب الموروث من
غلة هذه الأرض لو كان حياً فيقسم ذلك على قدر مواريثهم منه . قلت وكذلك
لو لم يبق من الولد إلا ولد واحد كانت الغلة على ما وصفت قال نعم . قلت أرأيت

إذا انقرض ولد العصبات كلهم فلم يبق منهم أحد قال الغلة لمن جعلها له بعدهم.
قلت فلو كانت امرأة الميت حية بعد ذلك قال لا شيء لها. قلت ولم ذلك؟ قال
لأني كنت أعطيها وبعض ولد العصبات بحق لأنه لا يجوز لي أن أعطيه شيئا وهو
وارث ولا أعطي من ورثة الميت على حساب ما يصيبه. قلت أرأيت إذا قال أرضي
صدقة موقوفة على ولدي في مرضه فأبوا أن يجيزوا ذلك وهي تخرج من الثلث لم تجيز
الوقف ولم تبطله وتجعلها بين الورثة؟ قال لأن فيها وصية من بعد الولد لأن مرجعها إلى
الفقراء فإذا كان مرجعها إلى الفقراء لم أبطل الوقف وأبطل ما جعل من الغلة لبعض
الورثة دون بعض فجعلت ذلك بينهم وبين سائر الورثة على قدر مواريثهم عن الوقف
ولا يشبه هذا الوصية للوارث لأن الوصية للوارث باطل فتصير من الورثة والوقف إذا
جعلت غلته لوارث أجزت الوقف وجعلت الغلة لجميع الورثة إذا كان ذلك في مرض
الواقف. قلت أرأيت إذا جعل أرضه في مرضه صدقة موقوفة وهي لا تخرج من الثلث ثم
برأ من ذلك وصح ثم مات بعد ذلك قال هي جائزة على ما وقفها عليه. قلت وكذلك لو
كان وقفها على وارث من الورثة ثم برأ من ذلك وصح قال نعم. قلت فإذا جعلها صدقة
موقوفة على الفقراء وهي لا تخرج من الثلث فأجاز ذلك بعض الورثة دون بعض قال يجوز
منها قدر ثلث جميع المال وحصة من أجاز منهم مما بقي منه ويبطل منها قدر حصة من لم
يجز ذلك منهم بعد إخراج قدر ثلث المال. قلت وكذلك لو أوصى بمال ووصية بعد وقفه
قال نعم. قلت أرأيت إذا جعل أرضه وأوصى بها في مرضه صدقة موقوفة على وجوه
مسماة معلومة وأوصى بوصايا سوى ذلك فلم تخرج هذه الأرض والوصايا من الثلث
وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك قال يقسم الثلث بين الوصايا التي أوصى بها وبين
الوقف فيضرب لأهل الوقف فيه بقدر قيمة الأرض ويضرب لأهل الوصايا
بقدر وصاياهم فيكون ذلك بينهم على ذلك فما أصاب أهل الوصايا فلهم وما أصاب
قيمة الأرض الوقف جاز ذلك من الأرض فكان وقفا على ما شرط الميت.
قلت فالوقف وغير الوقف في ذلك سواء قال نعم. قلت ولا يكون الوقف
بمنزلة العتق الذي يبدأ به قال لا. قلت أرأيت إن كان الميت أعتق غلامه

مع هذه الاشياء التي وصفت لك قال يبدأ بالعتق فيتحاصون بعد ذلك كما وصفت لك . قلت أرأيت اذا جعل أرضه صدقة موقوفة بعد وفاته على قوم ومن بعدهم جعل الغلة للورثة قال تكون الغلة جائزة للقوم الذين جعل ذلك لهم فاذا انقرضوا رجعت الغلة للورثة وكانت بينهم على قدر مواريثهم ما بقي منهم أحد فاذا انقرضوا كانت للفقراء . قلت أرأيت رجلا قال أرضي موقوفة بعد وفاتي ولم يزد بعد ذلك شيئاً قال الوقف باطل لايجوز . قلت . ولم أبطلت ذلك ؟ قال لأن الوقف يكون للفقير والمسكين ولم يوص لأحد بما هو فاذا لم يوص بذلك أبطلت الوقف . ألا ترى أنه لو قال ذلك في صحته أبطلت ذلك حتى يقول صدقة موقوفة أو يقول وقفاً على الفقراء . قلت أرأيت لو قال أرضي بعد وفاتي صدقة ولم يزد على ذلك وهي تخرج من الثلث قال يتصدق بها على الفقراء أو تباع فيتصدق بثمنها على الفقراء . فاذا قال أرضي بعد وفاتي صدقة موقوفة جوزت ذلك وجعلتها وقفاً على الفقراء والمساكين . فلو قال محبوسة بعد وفاتي لايجوز هذا ولايكون وقفاً ولا صدقة . قلت . فلو قال أرضي هذه موقوفة بعد وفاتي على عبد الله مدة حياته قال هي لعبد الله مدة حياته فاذا هلك عبد الله رجعت الى الورثة ولم تكن وقفا . قلت أرأيت لو قال ذلك في صحته قال لايكون وقفا ولايجوز ذلك . قلت ولم أبطلت ذلك ؟ قال لأن هذا وقف ولم يجعل آخره للمساكين ولم يقل صدقة موقوفة . قلت أرأيت اذا قال أرضي بعد وفاتي صدقة موقوفة للفقراء والمساكين وليس له مال غيرها فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك قال يجوز الثلث منها ويبطل الثلثان منها فيكون للورثة . قلت . أرأيت لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة بعد وفاتي على ورثتي فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ولا مال له غيرها قال يكون الثلث منها وقفاً على ورثته ومن بعدهم على المساكين ويكون الثلثان الباقيان منها لجميع الورثة مطلقين لا وقف فيهما . قلت : أرأيت لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة بعد وفاتي على الفقراء والمساكين ولا مال له غيرها وأبى الورثة أن يجيزوا ذلك قال يكون الثلث منها وقفاً على ما وصفت لك ويبطل الثلثان الباقيان . قلت . فهذا أطلق القاضي

الثلثين منها موروثة وحبس الثلث منها للوقف ثم خرج بعد ذلك مال كثير تخرج الأرض من ثلثه قال يرد الثلثين الى الوقف ويكون الأرض كلها وقفا ويكون المال للورثة . قلت . أرأيت ان كان الثلثان من الأرض لما دفعهما القاضي الى الورثة باع بعضهم حصته من ذلك ولم يبع الآخرون ثم ظهر للميت مال كثير مايكون القول عندك في ذلك ؟ قال يؤخذ جميع ما بقي من هذه الأرض للميت فيكون وقفا من الثلث ويؤخذ من مال الميت قيمة ما بيع من الأرض ويشترى بها أرض فتوقف على مثل ما أوقف به الميت ويقسم الورثة الباقي بعد ذلك على مواريثهم ويحسب على الذي باع حصته من الأرض بقيمة ما صار في يده منها . قلت . ولا يرد بيعه قال لا . قلت فان قال أرضي صدقة موقوفة بعد وفاتي على الفقراء والمساكين وله مال كثير غائب عنه فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك قال يكون لهم الثلثان ويكون الثلث الباقي وقفا على ما أوقفه الميت فاذا قدم المال رددت ما بقي من الأرض الى الوقف ولو قدم بعض المال رددت من الأرض ثلث ذلك على ما فسرت لك . قلت : أرأيت رجلا وقف أرضا له في مرضه وله مال كثير ثم ان ماله ذهب قبل أن يموت ثم مات ولا مال له غيرها قال تجيز الثلث منها وتبطل الثلثين الباقيين . قلت أرأيت لو وقفها أو أوصى بوقفها وله مال كثير ثم مات على ذلك فلم يقبض الورثة ما صار لهم من ماله حتى ضاع المال قال يجوز الوقف في الثلث منها ويبطل الثلثان الباقيان منها . قلت . أرأيت لو أوصى بوقف أرضه بعد وفاته على أوجه مسماة معلومة فحدثت فيها ثمرة قبل موت الموصي ثم مات الموصي قال الثمرة ميراث ولا تكون لأهل الوقف . قلت فلو حدثت الثمرة بعد وفاته والأرض والثمرة يخرجان من الثلث قال فالغلة للموقوف عليهم الأرض . قلت وسواء في الباب الأول كانت الأرض تخرج من الثلث أولا تخرج قال نعم هو سواء . وكل ثمرة تحدث قبل موت الموصي فهي لورثته دون أهل الوقف . قلت : أرأيت لو وقفها في مرضه الذي مات فيه وفيها ثمرة يوم وقفها لمن تكون الثمرة ؟ قال للواقف قلت ولا تكون لأهل الوقف قال لا . وكذلك لو أن رجلا وقف أرضا له كانت

الثمرة له خاصة والوقف جائز قال نعم . وذكر ابن مازه قال في « باب الوقف في المرض » . المريض اذا وقف أرضه لايخلو من أربعة أوجه أما أن يقف ارضه على الفقراء ، أو يقف أرضه على وارث بعينه ثم من بعده على الفقراء ، أو يقف أرضه على المحتاجين من أولاده ونسله ثم من بعدهم على الفقراء ، أو يوصى بأن توقف أرضه بعد موته على فقراء المسلمين . وكل وجه على وجهين اما أن خرجت الأرض من الثلث أو لم تخرج : ففي الوجه الأول ان خرجت من الثلث جاز ذلك في جميعها ، وان لم تخرج فهذا على وجهين . ان أجازت الورثة جاز ، وان لم يجيزوا جاز في مقدار الثلث وأبطل القاضي الثلثين ، فاذا أبطل الثلثين ثم ظهر له مال يخرج الكل من الثلث فهذا على وجهين ، اذا كل قائم في يد الورثة يصير ذلك كله وقفاً وان لم يكن بأن باع الوارث لاينقض بيعه لكن يؤخذ منه قيمة ما باع ويشترى به أرضاً أخرى فتوقف مكانها . وكذا لو باع القاضي الارض في الدين ثم ظهر للميت مال فيه وفاء الدين يخرج الأرض من ثلثه لاينقض البيع لكن يدفع من مال الميت مقدار ثمن الأرض ويشترى به أرضاً أخرى وتوقف على الفقراء . وفي الوجه الثاني ان خرجت الأرض من الثلث جاز ذلك في جميعها وان لم تخرج فهذا على وجهين ، ان لم تجز الورثة جاز في مقدار الثلث ويصير ذلك القدر وقفاً . ثم بعد ذلك اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم لايعطى للفقراء شيئاً من الغلة للحال بل يقسم جميع غلة الأرض ماجاز فيه الوقف ومالم يجز بين الورثة كلهم من وقف عليه ومن لم يوقف عليه على فرائض الله تعالى مادام الموقوف عليه في الأحياء فاذا مات صرف حصة الوقف من الغلة الى الفقراء . وقال بعضهم الغلة في حصة الوقف للفقراء ولا يكون للورثة من ذلك شيء . وفي الوجه الثالث اذا لم تجز الورثة جاز في الثلث وكان مقدار الثلث بينهم ، ثم هذا الوجه لا يخلو من أربعة أوجه . اما أن يكون أولاد الصلب والنسل كلهم أغنياء أو كان الفريقان فقراء أو كان أولاد الصلب كلهم أغنياء والنسل فقراء أو على العكس . ففي الوجه الأول من هذا الوجه الغلة للفقراء من المسلمين الا أن يفتقر أحد منهم بعد ذلك . وفي الوجه الثاني

وهو أن يكون أولاد الصلب ونسلهم كلهم فقراء أو كان فى كل فريق بعضهم فقراء فانه يقسم الغلة بين فقراء الفريقين بالسوية فما أصاب الفقراء من أولاد الصلب قسم بينهم وبين أولاد الصلب الأغنياء والفقراء جميعا على فرائض الله تعالى وما اصاب الفقراء من النسل قسم بينهم بالسوية دون الأغنياء منهم . وفى الوجه الثالث من هذا الوجه تصرف الغلة كلها الى النسل وتقسم بينهم بالسوية . وفى الوجه الرابع من هـذا الوجه وهو أن يكون أولاد الصلب كلهم فقراء أو منهم فقراء ومنهم أغنياء فالغلة كلها بين فقراء أولاد الصلب وبين الأغنياء على فرائض الله تعالى . وكذا هذا الجواب على أولاده وأولاد أولاده ونسله وعقبه وكان له أولاد ذكور فان الغلة تقسم بين الموجودين من يوم خلقت الغلة على عدد رؤسهم بالسوية ثم ما أصاب أولاد الصلب يقسم بينهم ثانيا على فرائض الله تعالى وما أصاب أولاد أولاده والنسل يقسم بينهم بالسوية . وفى الوجه الرابع من الوجه الأول ينظر . ان خرجت من الثلث يوقف كالأمر . وان لم تخرج فهذا على وجهين . ان أجازت الورثة فكذلك الجواب . وان لم تجز فمقدار مايخرج يوقف اعتبار البعض بالكل . وذكر فى فتاوى أبى الليث قال الوقف فى المرض كالوصية فى الجواز . ذكره الطحاوى . وقد روى عن محمد أنه وقف كالصحة وعن أبى يوسف مثله فى رواية ابن سماعة . وذكر فى وقف خزانة الأكمل لو وقف أرضه في مرضه أو بعد موته وعليه دين لايستغرق يجوز فيها مقدر الثلث بعد الدين . ولو وقف أرضه على ورثته ولا مال له غيرها ولم يجيزوا فثلثها وقف على ورثته والثلثان ميراث . وذكر فى الذخيرة قال وفى الفتاوى الصغرى الوقف اذا أضيف الى مابعد الموت حتى صح بالاجماع يعتبر من جميع المال وانه مشكل يخالف المذكور فى الكتب ، هذه عبارة الذخيرة وقد ذكرت هذا فى كتابى الملقب بالاختلافات الواقعة فى المصنفات .

المسألة الثانية عشرة : الاستدانة على الوقف للحاجة

ذكر هلال فى وقفه قال قلت : أرأيت الصدقة اذا احتاجت الى العمارة ولم يكن عند القائم بأمرها مايعمرها أترى له أن يستدين عليها قال لا . قلت : لم ؟

قال انما جعل الرخصة في المتولى تصدق في شيء سوى ذلك قلت : افترى لوصى اليتيم أن يستدين عليه في نفقته قال نعم ، قلت فلم لا يكون القائم بأمر هذه الصدقة بمنزلة ولى اليتيم ؟ قال لا يشبه ولى اليتيم القائم بأمر هذه الصدقة ألا ترى أن وصى اليتيم انما يستدين على انسان بعينه وفى الصدقة ليس يستدين على رجل بعينه . وذكر فى الذخيرة ما نقلناه عن هلال ثم قال . وعن الفقيه أبى جعفر أن القياس هذا ، لكن يترك القياس فيما فيه ضرورة نحو أن يكون فى أرض الوقف زرع يأكله الجراد ويحتاج القيم الى النفقة لجمع الزرع أو طالبه السلطان بالخراج جازت له الاستدانة لأن القياس يترك للضرورة . قال والأحوط فى هذه الصورة أن تكون بأمر الحاكم لأن ولاية الحاكم أعم فى مصالح المسلمين من ولايته الا أن يكون بعيدا من الحاكم ولا يمكنه الحضور فلا بأس أن يستدين بنفسه ، وهذا اذا لم يكن فى تلك السنة غلة فأما اذا كانت وصرفها القيم على المساكين ولم يمسك للخراج شيئا فانه يضمن حصة الخراج وما ذكره أبو جعفر مشكل لأنه جمع بين أكل الجراد الزرع وبين الخراج ويتصور الاستدانة فى أكل الجراد الزرع لأن هذا مال الفقراء وهذا الدين انما يستدان لحاجتهم فأمكن ايجاب الدين فى مالهم ، فأما فى باب الخراج فلا يتصور لأنه ان كان فى الأرض غلة فلا ضرورة الى الاستدانة لأنها تباع ويؤدى منه الخراج وان لم يكن فى الأرض غلة فليس هنا الا رقبة الوقف ورقبة الوقف ليست للفقراء فلا يستقيم ايجاب دين يحتاج اليه الفقراء فى مال ليس لهم ، فهذا مشكل من هذا الوجه الا أن يكون تصوير المسألة فيما اذا كان فى الأرض غلة ولكن بيعها متعذرا فى الحال وقد طولب بالخراج . ثم قالوا وليس قيم الوقف فى الاستدانة على الوقف كالوصى فى الاستدانة على اليتيم لأن اليتيم له ذمة صحيحة وهو معلوم فيتصور مطالبته . وفى فتاوى أبى الليث قيم طلب منه جباية خراج الوقف وليس فى يده من مال الوقف شيء وأراد أن يستدين فهذا على وجهين : ان أمره الواقف بالاستدانة فله ذلك ، وان لم يأمره بالاستدانة فقد اختلف المشايخ فيه ، قال الصدر الشهيد والمختار ما قاله الفقيه أبو الليث انه اذا لم يكن من الاستدانة بد يرفع الأمر الى

القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة لأن للقاضي هذه الولاية وفي واقعات
الناطفي : المتولي اذا أراد أن يستدين على الوقف ليجعل ذلك في ثمن البذر اذا
أراد ذلك بأمر القاضي فله ذلك بلا خلاف لأن القاضي يملك الاستدانة على
الموقوف فيملك المتولي ذلك أيضا بإذن القاضي . وان أراد ذلك بغير أمر القاضي
فيه روايتان هذه عبارة الذخيرة وفي المحيط ولو استدان القيم على الوقف للخراج والجبايات
يبطل ان أمره الواقف بالاستدانة جاز وان لم يأمره ففيه روايتان والأصح أنه اذا لم يكن بد
من الاستدانة يرفع الامر الى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة لأن هذه الولاية
للقاضي . قلت وهلال منع الاستدانة مطلقا سواء كانت بأمر القاضي أو بغير أمره لأنه قال
لا يشبه ولي اليتيم القائم بأمر الصدقة في الباطل باعتبار ان وصي اليتيم يستدين على انسان
بعينه وذمته صحيحة فيتصور مطالبته وفي الصدقة ليس يستدين على رجل بعينه
فهذا يقتضي أنه ولو اذن له القاضي في الاستدانة ليس له أن يستدين لأن الاستدانة
ليست على انسان بعينه ولا على ذمة صحيحة سواء كانت بأمر القاضي أو بغير
أمره للمعنى الذي ذكره وهو عدم الشخص المعين في الوقف وفقد الذمة الصحيحة .
وأبو الليث جوز الاستدانة بشرط وهو اذا لم يكن منها بد وبشرط اذن القاضي
فيها . وفي بعض الفتاوى صرح بأنه اذا استدان القيم بغير أمر القاضي يضمن وقول
الناطفي فله ذلك بلا خلاف مشكل لأن هلالا يخالف فيه وقد قدمناه . فحاصل هذا
أن في الاستدانة اختلافا بين هلال وبين أبي الليث والناطفي والذي يظهر ان ما قاله
هلال قياس وما ذهب اليه أبو الليث والناطفي استحسان حفظا للاوقاف من الخراب
وانقطاع الثواب عن الواقف والراجح عندي ما قاله أبو الليث والناطفي وعمل
الناس عليه وعمل من أدركناه من القضاة وهو حسن . ثم ما يشترط لهذه الاستدانة
وكيفية الاذن فيها وشروط الاذن فكله بيناه في كتابنا « الاعلام بمصطلح الشهود
والحكام » والله سبحانه وتعالى أعلم

المسألة الثالثة عشرة : الاستبدال بالاوقاف

اعلم وفقك الله وإياي أن هذه المسألة تعزى الى مذهب الامام الأعظم أبي

حنيفة وعمل بها بعض القضاة بالديار المصرية لكن منهم من عمل على الوجه المرضي ومنهم من عمل بها ليحصل الدنيا الدنية والتقرب الى أهل الدولة لينال بها سحت ما بما في أيديهم و يستتر بما يفعله منهم فيهما بقصد من أخذ أوقاف المسلمين بأبخس الاثمان بما يكون ريعه أكثر مما استبدل به وقراره أجود وأعلى مما عوض عنه ولا جرم أن الله تعالى رد قصدهم وكيدهم في نحرهم وشمت بهم الاعداء هذا ما حصل لهم في الدنيا ولعذاب الآخرة أخزى وهم لا ينصرون فالله المسئول أن يعصمنا من الأهواء والطمع ويجعلنا ممن أطاع الأمر والسمع ولا يجعل لأحد من خلقه عندنا ظلامة ويبيض وجوهنا يوم القيامة ويسقينا [illegible] ويرزقنا شفاعة محمد صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم . فالذي نقل عن أصحابنا رحمهم الله في مسألة الاستبدال بالاوقاف ما سأذكره ان شاء الله تعالى عنهم في هذه الاوراق محرراً واضحاً مستوفياً بحسب الوسع والامكان بتوفيق العزيز المنان . فأقول هما مسألتان . المسألة الاولى إذا شرط الواقف في كتاب الوقف أن له الاستبدال [illegible] في هذه الصدقة الاستبدال بها أو ان يبيعها ويشتري بثمنها مكانها أرضاً أخرى . والمسألة الثانية اذا لم يشترط الاستبدال في كتاب الوقف فهل للقيم أو الحاكم الاستبدال بها اذا كان فيه مصلحة للوقف أم لا

أما المسألة الأولى فقد ذكر هلال في « باب الرجل يقف أرضاً له على أن له أن يبيعها » قلت أرأيت رجلا قال أرضي صدقة موقوفة لله أبداً على أن لي أن أبيعها وأشتري بثمنها أرضاً وتكون موقوفة لله أبداً على ما وصفت لهذه الأرض قال الوقف جائز والشرط جائز وله أن يبيعها ويستبدل بها . وقال أبو خالد السمتي الوقف جائز والشرط باطل في البيع . وأما أبو يوسف فقال الشرط في البيع جائز والوقف جائز والقول عندنا ما قال أبو يوسف قلت أرأيت ان اشترط أن يبيعها ولم يشترط أن يستبدل بها قال الوقف باطل لا يجوز قلت . فلو قال على أن لي أن أبيعها وأستبدل بها قال فهو جائز وهو على ما شرط ولو قال مكان أستبدل اشتري بها أرضاً ولم يزد على ذلك قال أما القياس فالوقف باطل حتى يقول تكون بدلها

أو يقول أرضاً أقفها على شروطها أو يتكلم بكلام يستدل به على البدل ، وأما في الاستحسان فهو جائز وتكون الأرض سلما . قلت فإن قال على أن أستبدل بها داراً أله أن يستبدل بها أرضاً قال لا . قلت فإن قال على أن اشترى بها أرضاً فله أن يشتري بها أرضاً من أرض الخراج قال نعم . قلت فإن قال على أن أشترى بها أرضاً من أرض البصرة أله أن يشتري بها من غير أرض البصرة قال لا . قلت فإن باعها بثمن يتغابن الناس في مثله قال البيع جائز وبما لا يتغابن الناس فيه باطل . قلت فإن باعها بعرض من العروض قال البيع جائز في قياس قول أبي حنيفة . قلت فله بيع هذه الأرض الثانية ويستبدل بها أرضاً . قال لا يكون له ذلك الا أن يشترط . قلت فإن قال أرضي صدقة موقوفة على أن لي أن أبيعها وأستبدل بها فباعها وقبض الثمن فضاع في يده قال لا ضمان عليه والقول قوله مع يمينه وقد بطل الوقف . قلت فلو باع الوقف للاستبدال فوهب الثمن للمشتري قبل أن يقبضه قال فالهبة جائزة في قول أبي حنيفة وهو ضامن للثمن يشتري به أرضاً فيوقفها وأما في قول أبي يوسف فالهبة باطلة والثمن دين على المشتري على حاله . قلت فلم جوزت له أن يقيل فيها قال لأن له أن يشتري بثمنها أرضاً بدلها فالأقالة فيها بمنزلة شرائه لها بعد ما يبيعها فإذا شرط أن يبيعها ويستبدل بها فباعها ثم أقال فيها أله أن يبيعها بعد ذلك قال لا . قلت ولم قلت ذلك ؟ قال لأنها صارت في غير الملك الأول فإذا عادت على غير الملك الأول فكأنه باع الوقف الأول واشترى بثمنه أرضاً فوقفها فليس له أن يبيع البدل لأنه لم يشترط بيع البدل . قلت فلو ردت عليه بعيب بعد البيع بقضاء قاض قبل القبض أو بعده قال فله أن يبيعها ويستبدل بها لأنها قد عادت على الملك الأول ولو ردت عليه بعيب بغير قضاء قاض فليس له أن يبيعها ويستبدل بها لأنها بمنزلة الأقالة ولم تعد على الملك الأول . قلت أرأيت لو باعها على أن المشتري بالخيار أو البائع بالخيار فأبطل الذي له الخيار البيع قال فقد عادت على الملك الأول وله أن يبيعها . قلت وكذلك لو ردت عليه بخيار رؤية بقضاء أو بغيره قال نعم وله أن يبيعها . قلت فلو باعها واشترى بثمنها أرضاً فوقفها ثم ردت اليه الأرض الأولى بعيب بقضاء

قال فقد عادت الى الوقف وأما الأرض التي اشتراها ووقفها فهي للواقف يصنع بها ما بدا له. قلت أرأيت اذا قال على ان لي أن أبيعها وأستبدل بثمنها فلم يبعها حتى مات هل للذي أوصى اليه أن يبيعها ويستبدل بثمنها قال لا يكون له وانما هذا شرط له خاصة. قلت أرأيت ان شرط ذلك لوصيه من بعده قال فلوصيه أن يبيعها ويستبدل بثمنها قلت أرأيت ان شرط ان لكل من ولي هذا الوقف الاستبدال به قال فالشرط جائز ولهم الاستبدال به. قلت أرأيت ان جعل الاستبدال لرجل آخر سواه قال فالشرط جائز وللواقف ان يبيعها ويستبدل بها. قلت وللرجل الذي اشترط له الاستبدال بها قال نعم اذا شرط الاستبدال بها لرجل كان ذلك جائزا وله من الشرط مثل ما شرط لذلك الرجل لانه كالوكيل فما كان للوكيل أن يفعله فللموكل ان يفعله قلت أرأيت ان قال الواقف للرجل الذي شرط له الاستبدال بالوقف قد أخرجتك مما جعلت اليك من البيع قال فهو مخرج من ذلك وليس له أن يبيع هذه الصدقة بعد ذلك. قلت فلو باع الواقف ثم باع الرجل الذي شرط له الاستبدال قال فبيع الواقف أولى من بيعه ولو باعها الرجل ثم باعها الواقف كان بيع الواقف باطلا وانما ينظر الى أسبق البيعين قلت فهل لمن شرط له الاستبدال أن يشتري بما بدا له من البلاد قال نعم. قلت أو يشتري به قطعة أو قطعتين. قال نعم قلت ويشتري به دارا أو أرضا قال نعم لأنه شرط البدل ولم يسم اى شيء البدل قال فكل ما اشترى بثمنها فهو بدل. قلت أرأيت ان اشترط بيعها والاستبدال بها فباعها واشترى بثمنها أرضا ولم يشهد أن هذه الأرض الثانية بدل الارض الأولى قال فهي بدلها اشهد على ذلك او لم يشهد اذا علم انه اشتراها بثمن الاولى. قلت أرأيت رجلا جعل داره مسجداً لله على أن له بيعه والاستبدال به قال المسجد جائز والشرط باطل ولا يكون له بيعه. قلت ولم فرق بين هذا وبين الوقف ؟ قال لان الوقف انما يراد منه الغلة فاذا كانت الغلة المراد منه فاشترط بيعه للاستبدال به جاز ذلك بخلاف المسجد لان المراد منه الصلاة والصلاة فيه وفي غيره سواء فلا يجوز له . وذكر الخصاف في وقفه : قلت أرأيت ان جعل أرضاً له صدقة موقوفة لله أبداً على رجل

وعلى ولده وولده وولد ولده ونسله أبداً ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين واشترط
لوصيه ولمن يصير اليه ولاية هذه الصدقة بيعها والاستبدال بثمنها ما يكون وقفاً
مكانها قال الوقف جائز على هذا والشرط جائز. قلت فهل للواقف ان يبيعها مادام
حياً ويستبدل بثمنها أرضاً مكانها قال نعم

وأما المسألة الثانية وهي اذا لم يشترط الواقف الاستبدال فهل للقيم ان يستبدل
بما هو أنفع وأجود باذن الحاكم أو بغير اذنه أم لا. وهذه المسألة هي التي وقع فيها
من وقع وهي المنسوبة على ألسنة الفقهاء الى أبي حنيفة فنقول. ذكر قاضيخان في
فتاويه قال في أثناء كلامه: أما بدون الشرط أشار في السير الى أنه لا يملك الاستبدال
الا القاضي اذا رأى المصلحة في ذلك. هذه عبارته. وذكر هلال في وقفه في باب
الرجل يقف الأرض على أن يبيعها. قال قلت أرأيت لو قال صدقة موقوفة لله
ابدا ولم يشترط أن يبيعها أله أن يبيعها ويستبدل به ما هو خير منها؟ قال لا يكون
له ذلك الا أن يكون شرط البيع والا فليس له أن يبيع. قلت ولم لا يجوز له ذلك
وهو خير للوقف؟ قال لأن الوقف لا يطلب به التجارة ولا يطلب به الأرباح
وانما سميت وقفاً لانها لا تباع وانما جوزت ذلك اذا اشترطه في عقدة الوقف
لأن الواقف انما وقف على مثل ذلك ولو جاز له بيع الوقف بغير شرط كان في
أصله كان له أن يبيع ما استبدل بالوقف فيكون الوقف يباع في كل يوم وليس هكذا
الوقف. وذكر في الفتاوى الظهيرية قال: سئل شمس الأئمة الحلواني عن اوقاف
المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي أن يبيعها ويشتري مكانها أخرى
قال نعم قيل لم تتعطل ولكن يؤخذ بثمنها ما هو خير منها هل له أن يبيعها؟ قال لا
ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل وكذا لم يجوز الاستبدال.
وهكذا حكي في فتاوى شمس الأئمة السرخسي. وفي السير الكبير قال ابو يوسف
يجوز الاستبدال بالاوقاف. وذكر في الفتاوى الظهيرية للمصري ما صورته وفي السير
الكبير أن استبدال الوقف باطل الا رواية عن أبي يوسف. وذكر في المحيط قال
لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي أن أبيعها وأستبدل بها أخرى فتكون

موقوفة مكان الأولى قال فالوقف جائز والشرط جائز عند أبي يوسف وهلال وعند يوسف بن خالد الوقف جائز والشرط باطل وقيل كلاهما باطلان: لأبي يوسف أن اشتراط الاستبدال شرط يقتضيه العقد لأنه ربما تقع الضرورة الى استبدال الوقف لأن الأراضي ربما لا يخرج فيها من الغلة ما يفضل عن المؤن فيؤدي الى ألا يصل الى الموقوف عليهم شيء لفساد يحدث بالأرض وتكون الأرض الاخرى أصلح وأنفع للموقوف عليهم فلهذه الضرورة جوزنا اشتراط الاستبدال في الوقف. وقال في المحيط واستبدال الوقف جائز في الجملة ألا ترى أنه لو أتلف انسان الوقف بأن هدم العقار أو أجرى الماء على الأرض حتى صارت بحال لا تصلح للزراعة يغرم قيمتها ويشتري بقيمتها أرضا أخرى ويوقف مكان الاولى على تلك الشروط. وذكر في القنية: مبادلة دار الوقف بدار أخرى انما تجوز اذا كانتا في محلة واحدة أو تكون المحلة المملوكة خيرا من الموقوفة وعلى عكسه لا يجوز وان كانت المملوكة أكثر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها لقلة رغبات الناس فيها. وذكر في أدب القاضي لمحمد بن أبي بكر الرازي قال: رجل وقف أرضا وأراد أن يبدلها بأرض اخرى أو دار أخرى ان شرط ذلك لنفسه في أصل الوقف فله ذلك بلا خلاف بين أصحابنا وان لم يشترط ذلك قيل للقاضي ولاية الاستبدال اذا رآه مصلحة في رواية عن أبي يوسف وليس لغير القاضي ذلك وقيل ليس للقاضي أيضا ذلك. وذكر في الذخيرة قال روى عن أبي يوسف انه قال لا بأس باستبدال الوقف لما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه وقف على الحسن والحسين رضي الله عنهما فلما خرج الى صفين قال ان نابتهم الدار فيبيعوها واقتسموا ثمنها بينهم ولم يكن شرط البيع في أصل الوقف ثم أمر بالبيع. وقال في موضع آخر عن محمد اذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال والقيم يجد بثمنها أرضا أخرى أكثر ريعا له أن يبيع هذه الأرض ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا. هذه عبارة الذخيرة: قلت فتحرر من هذا أن في المسألة اختلاف المشايخ ورواية عن أبي يوسف، فهلال منع ذلك أصلا وكذا شمس الأئمة

السرخسي ومن وافقه من المشايخ كما نقلناه عن الفتاوى الظهيرية والرواية التي هي عن أبي يوسف بالجواز مقيدة بأن يكون الاستبدال بإذن القاضي وبقيد المصلحة لا أن غيره يملك ذلك فإن قاضيخان صرح فيما نقلناه عنه أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك، وكذا في أدب القاضي المذكور صرح بأن ولاية الاستبدال الى القاضي إذا رآه مصلحة. لكن ما ذكره قاضيخان يقتضي الحصر صريحا لأنه أتى فيه بالنفي والاثبات فقال لا يملك ذلك إلا القاضي إذا رآه مصلحة وما ذكره في أدب القاضي يقتضي اختصاصه بالقاضي أيضا دون غيره لكن بالمفهوم وأيضا كان فهو كاف لأن مفهوم التخصيص حجة. فبقي لنا ما ذكره في الذخيرة والمحيط والفتاوى الظهيرية من غير تنصيص على القاضي فيحمل على ما ذكره قاضيخان وصاحب أدب القاضي توفيقا بين كلام الأصحاب. والذي كان يفعله بعض القضاة الجهال أنه يثبت استبدال ناظر الوقف من غير أن يأذن له فيه ويحكم بصحته ويستبدل بالضياع الجيدة والبساتين الكثار النفيسة كبيت قائم بمرج دمشق ومزرعة البيمري بالسوق الشامي والصور وأمثال ذلك ويأخذ عوضا عن هذا إما ربعا أو دارا بالقاهرة وأماكن لا ينتفع بها ولا يصلح أن توقف فهذا لا يجوز لا على قول أبي يوسف ولا على قول غيره وهو خطأ بين واجب النقض ويثاب من نقضه وأعاده الى الوقف على حاله الأولى. ولكن الطريق في هذا إذا دعت الضرورة إليه ومست الحاجة الى فعله أن يقف القاضي بنفسه على الوقف الذي يستبدل به إن أمكنه ذلك وعلى المكان الذي يدفع عوضه فإذا رأى المصلحة في الاستبدال لجهة الوقف بحيث تكون محلة المملوك أجود من محلة الوقف وأصلها خيرا من أصل الوقف أو يكون الوقف والملك في محلة واحدة ولكن الملك أكثر ريعا وأحد بناء أو أجود أرضا فحينئذ يأذن الحاكم لعدلين أمينين ضابطين لهما خبرة بالقيمة والمساحة غير متهمين ولا متساهلين في شهادتهما يقف كل واحد منهم على ذلك ويشهد به ويكتب خطه فإذا ثبت ذلك كله عند القاضي وسكن قلبه الى شهادتهما واتصل به كتاب الوقف أذن القاضي في الاستبدال بإذنه ويكتب الشهود خطوطهم بالمصلحة والغبطة لجهة

الوقف فى الاسفند الويكتب القاضى على طرة كتاب الوقف بحداء السملة أذنت فى ذلك ويشهد الشهود على الناظر بالاستبدال وعلى صاحب العقار المملوك أيضا ثم بعد ذلك يأتون الى القاضى ويدعى بأن ناظر الوقف المذكور فلان استبدل بالمكان المحدود عن الوقف المذكور وأنه بعد ذلك وضع يده على الوقف ولم يسلمه الى صاحب الملك الذى استبدل به ويسأل سؤاله عن ذلك فيجيب بأنه يثبت ما ادعاه فبعد ذلك يستأذن المدعى الشهود على ما وقع من الاستبدال فيشهدون عند القاضى بذلك فاذا ثبت المدعى سأله المدعى الحكم بصحة الاستبدال المذكور فيه ولزومه وبصيرورة الوقف المذكور ملكا مطلقا وجعل الملك المستبدل به وقفا على شرط واقفه مع العلم بالخلاف فيه فيجيب السائل الى سؤاله ويحكم الحاكم بذلك كما يوقع على هامش كتاب الاستبدال على العادة كما بيناه فى كتابنا الاعلام ، وان كان ذلك فى كتاب الوقف فهو أجود بحيث يعصم من الذى دفع البدل عن الوقف ويكتب بيده نسخة نسخت أيضا فيبقى نسخة مع ناظر الوقف ونسخة مع الذى اخذ الوقف ودفع بدله . وفى الجملة فالأولى للحاكم التحرى سد هذا الباب بالجملة فانه اذا فتح يدخل منه عليه التحيل ويتقبل عنه من لا يقدر على دفعه ورده وبالله المستعان،

بقى لنا مسألة ثالثة لا يستغنى عن ذكرها وتحرير الكلام فيها فى هذا المقام وهى: أن الواقف اذا شرط انه لا يباع هذا الوقف ولا يستبدل ، كما هو المتعارف فى كتب الاوقاف ببلادنا فهل يجوز أن يقال ان للقاضى أن يستبدل اذا رأى المصلحة فى الاستبدال مع مخالفة ما شرطه الواقف من عدم الاستبدال والبيع ام لا؟ وما الذى يرجح من الجواب فى هذه المسألة وهى موضع النظر وهى أخفى مما قدمناه لان ذلك منقول وهذه ليس فيها نقل فيحتاج فيها الى نظر يليق بها أن تتخرج عليه فأقول وبالله التوفيق

أما تخريجها على ما نقلناه عن هلال فظاهر بل بالطريق الأولى ألا يجوز أن يستبدل به بعد ذلك لأن هلالا قال لا يجوز الاستبدال الا اذا شرطه الواقف واذا لم يشرطه فلا يجوز فيبقى بالطريق الأولى اذا نص على ألا يستبدل به ألا يجوز

الاستبدال وعلى ما نقله عن بعض المشايخ وهو رواية عن أبي يوسف فالظاهر أنه يجوز الاستبدال للقاضي إذا كان فيه مصلحة للوقف وإن كان الواقف نص على ألا يستبدل به وذلك لأن أبا يوسف رحمه الله علل في جواز الاستبدال بعلة تصلح أن يخرج جوابنا هذا عليها وهي أن الضرورة قد تدعو إلى الاستبدال لأن الأرض ربما لا تخرج من الغلة ما يحصل من مؤنها وكلها فيؤدي إلى أنه لا يصل شيء إلى الموقوف عليهم . هذه عبارة الأصحاب لأبي يوسف رحمه الله فالواقف إذا شرط ألا يستبدل بالوقف حتى يرى الحاكم المصلحة للوقف في استبداله فاجتمع هنا نص الواقف ورأي الحاكم والمخالفة بينهما ظاهرة فإن عملنا بما شرطه الواقف فقد فوتنا مصلحة الوقف وتعطل مصلحة الموقوف عليهم ، وإن نظرنا إلى رأي الحاكم فقد عملنا بمصلحته فبقي شرط الواقف في معنى اشتراط شرط لا فائدة فيه للوقف واشتراطه شرطاً لا فائدة فيه ولا مصلحة للوقف غير مقبول كما قال أصحابنا في اشتراط الواقف أن القاضي أو السلطان لا يكون له كلام في الوقف وقالوا ثمة إنه شرط باطل وللقاضي الكلام لأن نظره أعلى وهذا شرط ليس بموافق للشرع فلا يتبع . وكما قال أصحابنا في أن الواقف إذا شرط ألا يؤجر الوقف أكثر من سنة مثلا والقيم لا يجد من يستأجره هذه المدة قالوا ليس للقيم أن يخالف شرط الواقف ولكن يرفع الأمر إلى القاضي فإذا رأى ذلك مصلحة آجره مدة أكثر من المدة التي اشترطها ، نص على هذا الفرع في الفتاوى الهندية وغيرها فمسألتنا هذه تشابه مسألة الإجارة والمسألة المتقدمة والمعنى فيها واحد وهو أن نظر القاضي أعلى والواقف إنما يختار ما فيه المصلحة للوقف ولا يظن به أنه يكرهها والوقف قد خرج عن ملكه وللحاكم الولاية العامة فإذا رأى الحاكم المصلحة لجهة الوقف في الاستبدال فعله ولا يضره قول الواقف لا يستبدل به . ولأن ما قلناه لا يكون أبلغ مما قالوا في أن القاضي إذا عزل الوصي العدل الكافي يصح وله أن يولي غيره وإن لم يظهر منه خيانة في الظاهر فهذا دونه . وكذا لا يكون أبلغ مما قالوا في أن الواقف إذا وقف على من يقرأ عند قبره أن التعيين باطل ولا شك أن فيه زيادة راحة وثواب الميت

ذكره في القنية وغيرها . وكذا اذا نص الواقف أن أحداً لا يشرك الناظر في الكلام في عقد الوقف ورأى الحاكم أن يضم اليه مشاركاً يجوز له ذلك كالوصي اذا ضم اليه غيره حيث يصح فهذه المسائل كلها شهدت بصحة تخريجنا هذه المسألة وبالله التوفيق .

المسألة الرابعة عشرة : بيع الوقف اذا خرب

الوقف اذا خرب وليس له ما يعمر منه أو خرب بعضه هل للقيم أن يبيع البعض لعمارة الباقي أم لا ؟ وكذا بيع البناء الموقوف والاشجار الموقوفة قبل القلع وبعده هل يجوز أم لا ؟ ذكر في الذخيرة قال : سئل شمس الأئمة الحلواني عن أوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي أن يبيعها ويشتري مكانها أخرى قال نعم . قيل له لو لم تتعطل ولكن يوجد بثمنها ما هو خير منها هل له أن يبيعها قال لا ومن المشايخ من لم يجوز بيعه تعطل أو لم يتعطل . وكذا لم يجوز الاستبدال بالوقف . وهكذا حكي عن فتوى شمس الأئمة السرخسي . وروي عن محمد انه اذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال والقيم يجد بثمنها أرضاً أخرى أكثر ريعاً له أن يبيع هذه الارض ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعاً . وفي المنتقى قال هشام سمعت محمداً يقول في الوقف اذا صار بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك الا للقاضي واذا خربت الأرض الموقوفة وأراد القيم أن يبيع بعضها ليرمم الباقي بثمن ما يبيع ليس له ذلك . والاشجار الموقوفة ان كانت مثمرة لا يجوز بيعها الا بعد القلع لأنها بمنزلة نفس الموقوف وبيع البناء الموقوف لا يجوز قبل الهدم ويجوز بعد الهدم . وكذا بيع الوقف لا يجوز بيعه الا بعد القلع . وان كانت الاشجار غير مثمرة جاز بيعها قبل القلع لانها بمنزلة الغلة . وبيع أوراق أشجار التوت في الاشجار الموقوفة جائز لانه بمنزلة الغلة . وذكر هلال في وقفه . قلت أرأيت رجلاً جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبداً خربت فلم تصلح لشيء أترى للقيم أن يبيع بعض ترتبها ويعمر ما بقي منها بثمن ذلك وفي ذلك صلاح لها قال لا أرى ذلك له وأنهاه عنه ولا يجوز أن يبيع شيئاً من ذلك . وذكر في

الخلاصة فى الفتاوى قال فى المسجد أو الحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس انه يصرف أوقافه فى مسجد آخر وحوض آخر . وفى فتاوى النسفى بيع عمارة المسجد لمصلحته لا يجوز وان كان بأمر القاضى وان كان خرابا وقف . روى عن محمد اذا ضعفت الارض عن الاستغلال والقيم يجد بثمنها أرضا هى أكثر ريعا كان له أن يبيعها ويشترى بثمنها ما هو أكثر ريعا . وفى الفتاوى قيم وقف خاف من السلطان أو من وارث أن يتغلب على أرض وقف يبيعها ويتصدق بثمنها . قال الصدر الشهيد والفتوى على أنه لا يبيع . ويوافق هذا ما ذكره الامام السرخسى فى السير الكبير فى باب الاسير فى الدفتر الثانى ذكر مسألة ثم قال وبهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف . والشيخ الامام ظهير الدين كان يفتى بجواز الاستبدال ثم رجع . فلو وقف انهدم وليس له من الغلة ما يمكن عمارته به بطل الوقف ورجع نقض البناء الى الواقف ان كان حيا والى الوارث ان كان ميتا . قال الصدر الشهيد فى الفتاوى وفى جنس هذه المسائل نظر . وعلى هذا حانوت وقف احترق السوق والحانوت وصار بحال لا يمكن عمارتها ولا ينتفع أهل المحلة فهى لواقفها أو لوارثه وان كان لا يعرف واقفها فهى لقطة هذه عبارة الخلاصة . وذكر فى المحيط قال لا يجوز بيع رقبة الوقف ولا قطعة منها ليرم مابقى بثمنها لانه يؤدى الى ابطال شرط الواقف فيه وهو التأبيد وكذا ما احتاج الى العمارة ولو جاز بيع بعضه يؤدى ذلك الى افناء الوقف كله وكذا لا يجوز بيع البناء القديم والعمارة القديمة . واذا كانت أشجار قد نبتت فى أرض الوقف ان كان فى تركها ضرر بالوقف وينتفع به لا يجوز بيعها . شجرة جوز فى دار وقف تغيرت الدار ليس للمتولى بيعها ويعمر الدار بثمنها ولكن تكرى الدار ويستعين به على عمارة الدار لا بالشجرة لانه اذا قطع الشجرة لا يبقى شىء من الوقف واذا عمر الدار يبقى الكل وذكر فى الفتاوى الظهيرية قال أرض وقف خاف عليها القيم من السلطان أو وارث الواقف أن يتغلب عليها كان للقيم أن يبيعها ويتصدق بثمنها . وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك فله أن يبيعه ويتصدق بثمنه . قال الصدر الشهيد الفتوى على أنه لا يبيع . وسئل شمس الائمة الحلوانى عن أوقاف

المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولى أن يبيعها ويشترى مكانها أخرى قال نعم قيل له لو لم تتعطل ولكن يوجد بثمنها ما هو خير منها هل له أن يبيعها قال لا ومن المشايخ من لم يجز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل وكذا لم يجوز الاستبدال وهكذا حكى فتوى شمس الأئمة . وذكر فى عدة الفتاوى للصدر الشهيد قال أشجار الوقف اذا كانت مثمرة لم يجز بيعها الا بعد القلع أو اليبوسة لأنها بمنزلة بناء الوقف وبيع بناء الوقف لا يجوز الا بعد الهدم ولو كانت غير مثمرة يجوز بيعها قبل القلع . وذكر فى أدب القاضى لمحمد بن أبى بكر الرازى وروى عن محمد ان الارض الموقوفة اذا ضعفت عن استغلالها والمتولى يجد بثمنها أرضاً أخرى أنفع للفقراء أو أكثر ريعاً فله أن يبيعها ويشترى تلك الارض بثمنها . وروى عنه أيضاً ان الوقف اذا صار بحال لا ينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وليس ذلك الا للقاضى ومثله فى الفتاوى الصغرى الظهيرية . قلت ههنا مسائل :

المسألة الاولى : اذا تعطلت أوقاف المسجد وتعذر استغلالها .

المسألة الثانية : اذا ضعفت الأرض الموقوفة عن الاستغلال .

المسألة الثالثة : اذا خرب الوقف فأراد القيم أن يبيع بعضه ليرم به الباقى .

المسألة الرابعة . الاشجار التى فى أرض الوقف هل يجوز بيعها أم لا .

المسألة الخامسة . الشجرة التى تكون فى الدار اذا خربت الدار هل للقيم ان يبيعها ليعمر بثمنها الدار أم لا .

المسألة السادسة : اذا خاف القيم من السلطان أو من وارث الواقف على الموقوف هل للقيم ان يبيعه ويتصدق بثمنه أم لا ؟ .

أما المسألة الأولى فقد تقدم الجواب فيها على مانقله عن شمس الأئمة الحلوانى وهو جواز البيع . ولا يقال يشكل على هذا الجواب فى المسألة الثالثة وهى اذا خرب الموقوف وأراد القيم ان يبيع بعضه ليرم به الباقى وقالوا انه لا يجوز فانه اذا جاز بيع الكل مع تصييرغير الموقوف أصلا ورأسا فلأن يجوز بيع بعضه لاحياء البعض أولى، لأنا نقول إنما جوزنا بيع الكل وأن يشترى به عوضه تبقية للوقف

ولظرا للمستحقين أما في هذه المسألة التي أوردها هذه السائل فانا لو جوزنا ذلك أدى الى ابطاء الوقف من غير أن يتعوض عنه بخلاف ما اذا ضم الكل فانه لا يذهب شيء بلا عوض بل ربما يكون عوضه أجود منه ويبقى الوقف فلهذا قلنا بجوازه في الأولى وبالمنع في الثانية وأما المسألة الثانية وهي اذا ضعفت الأرض عن الاستغلال فهذه المسألة عرفت الرواية فيها عن محمد كما ذكرناه . والفرق بينها وبين المسألة الأولى ان في الأولى شرط التعطل والتعمير وفي الثانية الضعف والجواب صحيح على قول محمد لأنه روى عنه أيضا القول بالاستبدال اذا كانت المصلحة فيه للوقف فلا يشكل قوله بالبيع هنا . وتلخص حينئذ من الجواب في المسألتين فتوى شمس الأئمة السرخسي على أنه لا يجوز بيع وقف المسجد تعطل أو لم يتعطل ووافقه بعض المشايخ وهكذا روى عن هلال أيضا . قلنا ان قول محمد أولى مما ذهب اليه هلال وشمس الأئمة ومن وافقه من المشايخ وبقية المسائل جوابها ظاهر والله أعلم

المسألة الخامسة عشرة : اذا وقف وشرط أن يقضي منه دينه

اعلم أن الخصاف ذكر في وقفه قال . قلت أرأيت الواقف اذا شرط في الوقف أن له أن يقضي من غلته دينه أذلك جائز ؟ قال ذلك جائز وكذلك ان قال ان حدث علي حادث الموت وعلي دين يؤدى من غلة هذا الوقف لقضاء ما علي من الدين فاذا قضي ديني كانت غلة هذا الوقف جارية على ما سبيلها . قال ذلك جائز . قلت هذه المسألة مما ملخص أنها وقعت في زمن قاضي القضاة شمس الدين بن الحريري وحصل له توقف فيها وسأل عنها الأصحاب ولم ينقلها أحد منهم وما رأيت أحدا تعرض اليها سوى الخصاف وأظن أن صاحب الفتاوى القديمة ذكرها وهي مسألة حسنة وصحيحة التخريج على قول من يرى وقف الانسان على نفسه وما وقفت لي الى الآن

المسألة السادسة عشرة . اذا شرط الواقف في كتاب وقفه الولاية لشخص

الواقف اذا شرط النظر في وقفه لزيد مثلا فانه يملك عزله بعد ذلك واقامة غيره أو شرط أن ولاية صدقته الى الأفضل فالأفضل من ولده فكانوا في

المفضل سواء كيف يكون الحكم فيهم ؟ أو شرط أن ولايتها الى زيد فلما حضرته الوفاة أوصى الى رجل فى ماله هل يشارك ناظر الوقف أم لا ؟ أو شرط أن يلي هذه الصدقة فلان حتى يدرك ابني فلان فاذا أدرك كان له هل يصح ثم لا ؟ ومسائل أخر يناسب ذكرها هنا

المسألة الأولى ذكرها هلال وغيره قال هلال : قلت أرأيت اذا قال أرضي صدقة موقوفة على أن ولايتها الى فلان بن فلان قال الوقف جائز والولاية لفلان . قلت فللواقف أن يليها بنفسه دون فلان الذى شرط له الولاية قال نعم . قلت فله اخراج الذى شرط له الولاية من ولاية هذه الصدقة قال نعم له اخراجه وانما هو بمنزلة الوكيل فله اخراجه كما بدا له . وذكر فى الذخيرة قال . وان لم يكن شرط الواقف أن له عزل القيم واخراجه فعلى قول أبي يوسف له ذلك وعلى قول محمد ليس له ذلك فلو جعل الواقف الولاية لرجل كانت الولاية له كما شرط الواقف ولو أراد الواقف اخراجه كان له ذلك . ولو جعل الولاية اليه فى حال الحياة وبعد الوفاة كان جائزا وكان وكيلا فى حال الحياة ووصيا بعد الموت ، ولو قال وليتك هذا الوقف فانما له الولاية فى حال حياته لا بعد وفاته ، ولو لم يشرط الواقف الولاية لأحد حتى حضرته الوفاة فقال لرجل أنت وصيي ولم يزد على هذا فهو وصي فى ماله وولده وفيما كان فى يده من الوقف . ولو أوصى اليه فى الوقف قال محمد هو وصي فى الوقف خاصة على قول أبي يوسف وعلى قول أبي حنيفة هو وصي فى الأشياء كلها. ولو أوصى الى رجل فى الوقف وأوصى آخر فى ولده وأوصى الى آخر فى وقف بعينه كانا وصيين فيهما جميعا عند أبي حنيفة وأبي يوسف(١). ولو وقف أرضه وجعل ولايتها الى رجل حال حياته وبعد وفاته فلما حضرته الوفاة أوصى الى رجل آخر ذكر هلال أن للوصي الثانى أن يلي ذلك الوقف مع الذى شرط له الولاية فى الوقف جميعا. وذكر هلال أيضا فى وقفه قال : قلت ان كان هذا الواقف أوصى الى كل واحد

---

(١) عبارة الذخيرة : لو أوصى الى رجل فى الوقف وأوصى الى آخر فى ولده وأوصى الى آخر فى وقف بعينه وأوصى الى آخر فى وقف بعينه الخ وظهر انه سقط منها عبارة قبل وأوصى الثالثة

من هؤلاء الموقوف عليهم هذه الأرض ثم حضرته الوفاة فقال قد أوصيت الى فلان ورجعت عن كل وصية لى قال قد بطل ما أوصى به الى هؤلاء وصارت ولاية هذا الوقف الى هذا الرجل . قلت فان قال رجعت عما أوصيت به ولم يوص الى أحد قال ينبغى للقاضى أن يولى هذا الوقف من يثق به وقد بطلت وصاية هؤلاء الموقوف عليهم هذه الأرض فيما أوصى اليهم مما وقف عليهم. قلت أرأيت الواقف اذا أوصى الى رجل فى وقفه وشرط أنه ليس له أن يوصى بذلك الى أحد قال فالشرط جائز وللوصى أن يلى الوقف فى حياته وليس له أن يوصى به . قلت فان شرط ولايتها الى رجل بعد الوصى قال فالشرط جائز والولاية بعد الوصى الى من شرط له ذلك . قلت أرأيت اذا قال أرضى صدقة موقوفة على أن ولايتها الى ولدى وفيهم الصغير والكبير قال يدخل القاضى مكان الصغير رجلا وان شاء أقام الكبار مقامه . قلت أرأيت لو أوصى فى وقفه الى صبى قال القياس أن تكون وصيته باطلة ولكنى أستحسن أن أبطلها مادام صغيرا فاذا كبر كانت الولاية اليه. قلت اذا شرط الواقف ولاية هذه الصدقة الى عبد الله ومن بعد عبد الله الى زيد فمات عبد الله وأوصى الى رجل أيكون للوصى ولاية مع زيد قال لا يجوز له ولاية مع زيد . وذكر فى خزانة الاكمل لو مات الواقف وأوصى الى رجل ولم يذكر الوقف فانه يصير وصيا له فى أوقافه وأمواله واولاده ولو خص له بوصيته فى ماله فهو وصى فى كله عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يتقيد بما خصه . وذكر الخصاف فى وقفه قال اذا جعل ولايتها بعد وفاته الى رجلين فقبل أحدهما ذلك ولم يقبل الآخر قال ينبغى للقاضى أن يجعل مع الذى قبل رجلا يقوم مقام الذى لم يقبل وان كان الذى قبل موضعا لذلك عند القاضى ففوض اليه ذلك فهو جائز . قلت أرأيت ان قال الواقف قد جعلت ولاية صدقتى هذه الى فلان هذا فى حياتى و بعد وفاتى الى أن يدرك ابنى فلان فاذا أدرك كان شريكا لفلان فى ولايتها فى حياتى وبعد وفاتى قال روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه قال لا يجوز ما جعل الى ابنه من ذلك وقال أبو يوسف هو جائز على ما جعله. قلت وكذلك ان

قال وإذا أدركت أنى فلان فاليه ولاية صدقتى هذه فى حياتى وبعد مماتى دون فلان قال فذلك جائز فى قول أبى يوسف. قلت لو وقف أرضين فى كل واحدة منهما على قوم بأعيانهم وجعل ولاية كل أرض منهما الى رجل سماه ثم أوصى بعد ذلك الى رجل قال فالوصيه أن يتولى كل وقف وعه مع الذى جعل اليه ولاية ذلك الوقف. قلت فان أوصى هذا الموصى اليه الى رجل قال فالوصيه من ذلك مثل الذى كان الى الموصى. قلت أرأيت ان قال أرضى هذه صدقة موقوفة لله أبدا على وجوهها على أن ولايتها فى حياتى وبعد وفاتى الى أفضل ولدى قال فذلك جائز قلت فان كان ولده فى الفضل سواء قال يكون لأكبرهم سنا. قلت فان قال على أن تكون ولايتها الى الأفضل فالأفضل من ولدى وأبى أفضلهم أن يقبل ذلك قال تكون الولاية الى الذى يليه. قلت وفسر فى الذخيرة الأفضل فقال هو الأورع والأصلح والأهدى فى أمور الوقف واذا استوى اثنان فى الصلاح فالأعلم بأمور الوقف أولى. وذكر فى فتاوى الخاصى قال وقف على أرباب معلومين يحصى عددهم اذا نصبوا متوليا بدون استطلاع رأى القاضى قال يصح اذا كانوا من أهل الصلاح. والمختار أنه لا يصح بدون استطلاع رأى القاضى. بنى مسجداً فى سكة فنازعه بعض أهل السكة فى عمارته أو فى نصب الامام والمؤذن فالعمارة للبانى ولو تنازعوا فى نصب الامام والمؤذن والمختار أن البانى أولى الا اذا كان من يريده القوم أصلح ممن يريده البانى فحينئذ هم أولى لأن منفعة ذلك ترجع اليهم. وذكر الخصاف أيضا فى موضع آخر قال قلت أرأيت اذا جعل الواقف للقيم بالوقف من غلته فى كل سنة شيئا معلوما لقيامه بأمر الوقف هل يجوز قال نعم. قلت وهل يحد القيم الذى يستحق به هذا الرجل ما جعله له الواقف من غلة هذه الصدقة قال ليس عندنا فى هذا شىء محدود وانما ذلك على ما يتعارفه الناس من القيام بعمارة ما وقفت عليه عقدة هذه الصدقة واستغلال ذلك وبيع غلاته وتفرقة ما يجتمع من غلاته فى الوجوه التى سبلها فيها. قلت أرأيت ان لم يباشر هذا الرجل بنفسه قال أما ما يكلف من هذا ما يجوز أن يعمله مثله فلا ينبغى له أن يقصر عن ذلك وأما ما كان يعمله الوكلاء والأجراء

فليس ذلك عليه . ولو كان الناظر امرأة وجعل لها مالا كل سنة هل تكلف من القيام الا مثل ما يعمله النساء قال ليس عليها من ذلك الا ما يتعارفه الناس فى هذا الامر . قلت أرأيت ان حلت بهذا القيم آفة من الآفات مثل الخرس والعمى وذهاب العقل والفالج وأشباه ذلك هل يكون هذا الأجر له قائما قال اذا حل به من ذلك شيء يمكنه معه الكلام والأمر والنهى فالأجر له قائم واذا حل به شيء لا يمكنه معه الكلام والأمر والنهى والأخذ والاعطاء لم يكن له من هذا الأجر شيء .
قلت فلو طعن فى أمانته فرأى الحاكم أن يدخل معه آخر فى هذا الوقف أو رأى اخراج الوقف من يده وتصييره الى غيره قال أما اخراج هذا الرجل فليس ينبغى ان يكون ذلك الا لخيانة ظاهرة منه واذا جاء من ذلك ما يصح ويستحق اخراج الوقف من يده قطع عنه ما أجرى له الواقف وأما اذا أدخل معه رجلا فى القيام بذلك فالأجر له قائم فان رأى الحاكم ان يجعل للرجل الذى أدخله معه شيئا من هذا المال فلا بأس بذلك وان كان المال الذى سمى له قليلا ضيقا فرأى الحاكم أن يجعل للرجل الذى أدخله مع القيم رزقا من غلة الوقف فلا بأس بذلك وينبغى للحاكم أن ينصفه فيما يجريه من ذلك . قلت . فلو كان الذى جعله الواقف أكثر من أجر مثله قال هذا جائز ولا ينظر فى هذا الى أجر المثل . قلت فما تقول ان كان الواقف جعل هذا المال فى كل سنة لهذا الرجل ولم يشترط للقيم أن يجعل هذا المال لغيره ؟ قال فليس لهذا القيم أن يوصى بهذا المال ولا بشيء منه لغيره فاذا مات انقطع هذا المال عنه وعن غيره . قلت والجنون المطبق وذهاب العقل الذى يخرج به القيم من القيام بأمر الوقف ما هو؟ قال قول أصحابنا اذا دام ذلك بالرجل سنة لخرج من القيام بذلك . قلت فان زال عقله سنة أو سنتين فخرج من القيام بأمر الوقف ثم رجع اليه عقله وصح هل يعود الى ما كان من القيام بأمر هذا الوقف ؟ قال نعم لان خروجه من ذلك انما كان لتلك العلة فاذا ذهبت تلك العلة عاد الى ما كان عليه . قلت . فما تقول ان كان الحاكم أخرجه من القيام بأمر هذا الوقف وقطع عنه ما كان أجراه له الواقف ثم جاء حاكم آخر فتقدم

اليه هذا فقال له الحاكم الذي كان قبلك انما اخرجني من القيام بأمر هذا الوقف تحامل قوم سعوا بي اليه ولم يصح عنده شيء استحق به اخراجي من القيام بأمر هذا الوقف قال أمور الحاكم تجري عندنا على الصحة والاستقامة ولا ينبغي للحاكم أن يقبل قول هذا الرجل فيما ادعاه على الحاكم المتقدم، ولكنه يقول له صحح عندي أنك موضع للقيام بأمر هذا الوقف حتى أردك الى القيام بأمره فان صحح أنه موضع لذلك رده وأجرى ذلك المال له . وكذا لو كان الحاكم الذي أخرجه صح عنده بعد ذلك أنه قد تاب ورجع عما كان وصار موضعا للقيام وجب أن يرده الى ذلك . وذكر في تتمة الفتاوى قال : المتولي اذا أراد أن يفوض الى غيره عند الموت بالوصية يجوز لأنه بمنزلة الوصي عند الموت . والوصي له أن يوصي الى غيره . واذا أراد أن يقيم غيره مقام نفسه في حياته وصحته لا يجوز ذلك الا اذا كان التفويض اليه على سبيل العموم . وذكر في فتاوى قاضيخان قال متولي الوقف اذا قرب موته وفوض التولية الى غيره جاز لأنه بمنزلة الوصي وللوصي أن يوصي الى غيره . وذكر في القنية . للقيم أن يفوض فيما فوض اليه ان عمم القاضي التفويض اليه والا فلا . ولو مات القاضي أو عزل يبقى منصوبه على حاله فان نصب القاضي قيما آخر لا ينعزل الأول ان كان منصوبا من الواقف وان كان منصوبا من جهته وعلمه وقت نصب الثاني ينعزل بخلاف ما اذا نصب السلطان قاضيا آخر في بلدة لا ينعزل الأول على أحد القولين لأنه قد يكثر القضاة في بلدة دون القوام في الوقف . لو قال متولي الوقف من جهة الواقف عزلت نفسي لا ينعزل الا ان يقول للواقف أو للقاضي فيخرجه . قلت فتحرر لنا أن للواقف أن يعزل القيم ويولي غيره وهو بمنزلة الوكيل . وهذه المسألة وقعت في زمن قاضي القضاة شمس الدين عبد الله بن عطاء الحنفي أول من ولي قاضي القضاة بدمشق في الدولة الظاهرية البيبرسية في سنة أربع وستين وستمائة في نظر القرية البرامية بالشرف الأعلى الشامي من الواقف لها عز الدين أيبك المعظمي شرط في كتاب الوقف النظر للارشد فالارشد من ذريته ثم من بعد ذلك كتب كتابا بتفويض النظر في القرية الى الشيخ شمس

الدين الجوري ورجع عن الأول الذي في كتاب الوقف وثبت هذا الكتاب على
قاضي القضاة شمس الدين المشار إليه وحكم فيه بصحة التعويض مع العلم بخلاف
وسمي هذا الكتاب كتاب الرجوع واتصل إلى يومنا هذا وخرج الوقف عن
ذريته بمقتضى الكتاب المذكور وهو حكم جيد . واعترض بعض الفقهاء وقال :
ينبغي أن يفرق بين ما إذا حكم حاكم لا يرى صحة الرجوع من الوقف بالوقف وبين
ما إذا لم يحكم بالوقف أحد لأن حكم الحاكم بالوقف يتضمن النظر وغيره وهو في
موضع الخلاف فيرتفع به الخلاف فلا يسوغ للقاضي الحنفي أن يثبت الرجوع بعد ذلك
ويحكم به لما فيه من إبطال الأول . وجوابه أن الذي أثبت كتاب الوقف أولا
إذا كان من رأيه أن الواقف لا يملك الرجوع ولا عزل الناظر الذي شرطه في كتاب
وقفه لم يقصد هذا المعنى بحكمه وإنما أثبت إقرار الواقف بالوقف لا غيره ، ألا ترى
أن الرجوع لم يكن مذكورا وقت ثبوت الوقف ولا كان له وجود أصلا فالحكم
ببطلانه لا يصح لأنه معدوم ولم يوجد بعد والحكم لا يكون إلا على شيء معلوم
لا على معدوم والحكم بالمعدوم باطل . فلو قلنا إنه حكم به ثابتا وقت حكمه بالوقف
لكان باطلا فالقاضي الذي يراد أن يحكم به لا يبطله . فإما أن يكون حكم
ببطلانه وقت ثبوت الوقف أو بعده فإن كان وقت ثبوته فهو باطل لما قدمناه أنه حكم
بالمعدوم والحكم بالمعدوم باطل والحكم الباطل لا يرفع خلافا وللقاضي المخالف
إبطاله وإمضاء رأيه ويصير وجود هذا الحكم وعدمه سواء في منع الحاكم المخالف
أن يحكم بمذهبه . وإن كان بعده فلا يمنع من القضاء بما يراه الحاكم الحنفي لأن
الحكم بثبوت الوقف أولا يقتصر على ما وقع دليله وقت الحكم فلا يتعدى بعد
الثبوت إلى غيره . فإذا أشهد الواقف عليه بعد ذلك بالرجوع عن الولاية لمن
شرطها له في كتاب الوقف ورفعت القضية إلى حاكم حنفي يرى صحة ذلك والعمل
به فهذه قضية جديدة ومسألة مبتدأة اجتهادية فيجوز الحكم فيها ولا يكون الحكم
فيه بمذهبه إبطالا للحكم بالوقف ولا نقضا له لما بيناه .

والحاصل هذا أن الواقف يملك عزل ناظر الوقف والاستبدال به سواء حكم حاكم

بالوقف وأثنته أولا على ما قررناه .

بقي لك مسألة : وهي أن هذا الحكم الذي قد تقرر أن للواقف أن يعزل من جعل الولاية اليه ويولي غيره هل يثبت لناظر الوقف الذي لم يعزله الواقف ويكون له اذا أسند النظر الى شخص ثم أراد أن يرجع عن ذلك التفويض والاسناد ويفوض ذلك الى غيره أو يليه بنفسه هل له ذلك أم لا ؟ صورته أن شخصاً وقف وقفاً وجعل النظر فيه الى شخص وجعل له أن يسند ذلك الى من شاء فأسنده هذا الشخص الى زيد مثلا وفوض اليه النظر حسبما هو مفوض اليه ومسند ثم أراد المفوض أن يرجع عن ذلك التفويض ويفوض الى غيره أو يتولى بنفسه فهل يملك الرجوع عما فوض الى غيره أولا ويكون كالواقف اذا أراد الرجوع أم لا ؟ والذي يظهر لي أن الكلام في هذه المسألة على التفصيل : وهو ان كان الواقف قال وجعل له أي للناظر أن يسند النظر في هذا الوقف الى من شاء ويعزله اذا أراد ويعيده اذا اختار فان في هذه الصورة يملك الناظر أن يرجع في التفويض الذي فوضه ويفوض الى غيره أو يباشر بنفسه . وان كان سكت عن الأخير وهو « من يعزله اذا أراد » ففي هذه الصورة لا يملك الرجوع ولا العزل فيبقى كالوكيل اذا اذن له الموكل في أن يوكل فوكل حيث لم يملك العزل وكالقاضي اذا اذن له السلطان في الاستخلاف فاستخلف شخصاً فانه لا يملك أن يعزله الا أن يكون السلطان قد شرط له ان يعزله . ولا يقال ان ناظر الوقف ليس كالوكيل : فانى أقول ان القائل بهذا القول لم يعرف مذهب أصحابنا فانه لو عرفه لما قال هذه المقالة ، ألا يرى الى ما نقلناه عن هلال في أول هذه المسألة وهو انه هل للواقف أن يخرج الذي شرط له الولاية قال نعم له اخراجه وانما هو بمنزلة الوكيل فله اخراجه كلما بدا له . هذه عبارة هلال . وأيضاً فان أصحابنا قالوا اذا جعل الواقف الولاية الى شخص ولم يقل بعد وفاته فانه يكون له الولاية في حياة الواقف فاذا مات الواقف تبطل ولايته . فقد جعلوا حكم ناظر الوقف حكم الوكيل حتى أبطلوا ولايته بموت الواقف كما أبطلوا ولاية الوكيل بموت الموكل . فان قلت

هذا أشبه بالوصي من الوكيل لأن ولايته تكون بعد موت الواقف وكلامنا في ناظر تبقى له الولاية بعد موت الواقف . والفرق بين الوكيل والوصي ظاهر في صور : منها ان الوصي يملك أن يوصي الى غيره وان لم يشترط له الموصي ذلك . ومنها أن الوكيل يملك عزل نفسه والوصي بعد القبول لايملك العزل . ومنها ان القبول شرط في الوصية وليس شرط في الوكالة . ومنها ان الوصي يلي بالوصاية اليه ما كان يليه الموصي وان خص له الوصاية في نوع ، ولا كذلك الوكالة . ومنها أن الوصي يستحق أجر مثله على عمله ويطلب ذلك من الحاكم ويجوز للحاكم الاذن له بذلك والوكيل ليس له شيء من ذلك . ومنها ان الوصاية تصح في حال الحياة وحال الممات والوكالة تنتهي بالموت . وقولك تصح في حال الحياة والموت يعني أن القبول لها يصح في حال حياة الموصي وهو أحد الرأيين ولا كذلك الوكالة . واذا كان ناظر الوقف أشبه بالوصي من الوكيل كان الحاقه بالوصي أولى من الحاقه بالوكيل .
قلت هذا البحث ما تحته ثمرة ولا ينتج شيئا يخالف ما قررناه : وبيان ذلك أنا وان سلمنا أنه أشبه بالوصي من الوكيل وان الفرق يقع بين الوكيل والوصي في صور كما ذكرت فالمدعى أولا أن الواقف اذا جعل للناظر ان يوصي ولم يذكر أن له أن يعزل انه لايملك العزل قياساً على الوكيل والوصي ، وما ذكرت من ان ناظر الوقف أشبه بالوصي من الوكيل لايمنعك في أنه اذا فوض الى غيره وقد شرط له الواقف ان له ان يفوض الى غيره أنه يملك العزل لأن الوصي لم ننقل في حقه خلاف ما نقل في حق الوكيل والقاضي وبه نقول انه اذا نص الموصي في الوصية ان للوصي أن يوصي بذلك من غير ذكر العزل يكون حكمه كالوكيل وكالقاضي فلا فرق بين ان يقول ناظر الوقف يشبه الوكيل أو الوصي . فهذا معنى قولنا انه بحث لاثمرة له ولا ينتج شيئا . اللهم الا أن تأتي بنقل صريح في الوصي أنه يملك العزل وهذا نوع من المحال

تحرر من هذا كله أن الناظر اذا فوض النظر الى غيره وقد ذكر الواقف أن له أن يفوض ذلك من غير ذكر العزل انه لايملك الرجوع عن التفويض ولا

العزل بل هو مقرر وادخل فيما لو كان ... لما سبق ذكره . ومن أن الواقف اذا جعل الولاية الى شخص ... ثم ... كان له أن يعزله ... ذلك الناظر بعوض ، فالظاهر أنه يملك ذلك قياساً على الوصي فانه يملك أن يفوض الوصية الى غيره وان لم يشترط له الموصي . ولو فوض هل يملك الرجوع والعزل في هذه الصورة أو لا ؟ الظاهر أنه لا يملك عزله ولا الرجوع فيه لأن التفويض صحيح ، واذا صح خرج المفوض من أن تبقى له ولاية التصرف فصار أجنبياً فلا يملك الرجوع ولا العزل . أما الرجوع فلأنه انما يملكه من له حق قائم شرعاً كالهبة لغير ذي الرحم المحرم . والناظر لم يبق له حق بعد التفويض فلم يملك الرجوع . وأما العزل فلأن الولاية تكون عنه كالقاضي أو للواقف . أما الناظر فلا لانعدام الولاية العامة في حقه وانتقال الولاية الخاصة عنه فلهذا قلنا انه لا يملك الرجوع ولا العزل

التنبيه الثاني : وقع في كلام الخصاف ما مفاده ... أنه لو وقف أرضين له كل أرض على قوم معينين ثم جعل ولاية كل أرض منهما الى رجل بعينه ثم أوصى بعد ذلك الى رجل ... فالوصي أن يتولى كل وقف وقفه مع الرجل الذي جعل اليه ولاية ذلك الوقف . ووجهه ظاهر لأن الوصاية حادثة وكان الواقف يملك الكلام في الوقفين مع كل ناظر فيملكه خليفته . وكذا لو أوصى هذا الوصي الذي أوصى اليه الواقف الى شخص ملك الذي أوصى اليه مثل ما كان له . ووجهه ظاهر أيضاً لأن الوصي الثاني بمنزلة وصي الواقف لأنه خليفته فكان له ما كان للذي أوصى اليه ألا ترى أن وصي الوصي اذا أوصى الى رجل في ماله وأولاده فقط فانه يكون وصياً في ذلك كله وفي تركة الموصي الذي أوصى الى هذا الوصي أيضاً هكذا ... الوقف ... الذي قدمناه . وهو حكم غريب ... الى الآن

التنبيه الثالث : اذا شرط الولاية الى الأفضل فالأفضل من أولاده وكانوا كلهم في الفضل سواء تكون الولاية الى أكبرهم سناً . هذه المسألة واقعة في كتب الأوقاف ولكن صورتها خلاف هذا أوسع من المذكور في كتب الأوقاف ان الواقف جعل النظر في هذا الوقف والولاية عليه لنفسه أيام حياته ثم من بعده

الى الأرشد فالأرشد من أولاده ونسله وأعقابه فيجيء شخص من الذرية ويثبت بينة أنه أرشد الموجودين من نسل الواقف وعقبه ويسأل الحكم له بالنظر فيسمع القاضي بينته ويعهد الى سيد الموجودين ويحكم له بالنظر. وفي بعض الكتب ثم يقيم شخص آخر من بقية الأولاد بينة أنه أرشد الموجودين. فعلى ما قال الخصاف أنه يرجح أكبرهم فإن كان الأول أكبرهم سنا استحق النظر بانفراده وإن كان الثاني أكبر منه جعله وحده. وهذا الترجيح حسن قياسا على التقديم في الصلاة فإنهم ان استووا في الفضل والقراءة رجح أكبرهم سنا ويقدم على غيره

التنبيه الرابع. فيما اذا شرط واقف أن ولاية صدقتي هذه الى فلان في حياتي وبعد وفاتي الى أن يدرك ابني فلان فاذا أدرك ابني فلان كان شريكا لفلان في ولايتها في حياتي وبعد وفاتي. أو قال فاذا أدرك ابني فلان فاليه ولاية صدقتي هذه في حياتي وبعد وفاتي دون فلان. فهذا كله جائز في قول أبي يوسف. أما على قول أبي حنيفة مما رواه الحسن بن زياد عنه فإنه لا يجوز. هكذا ذكره الخصاف ولم يذكر قول محمد. والذي ظهر لي أن قول أبي يوسف استحسان وقول أبي حنيفة قياس. فإن هلالا ذكر مسألة تؤيد هذا وهي أنه قال لو أوصى في وقفه الى صبي قال القياس أن تكون وصيته باطلة ولكني أستحسن أن أبطلها ما دام صغيرا فاذا كبر كانت الولاية اليه. وينبغي أن تكون الفتوى على قول أبي يوسف هنا لأنه أخذ بالاستحسان والأصل أن الاستحسان مقدم على القياس إلا في مسائل ليست هذه منها وهي مجموعة في كتابنا « رفع الكلفة عن الإخوان في ذكر ما قدم فيه القياس على الاستحسان » وأما لأن الفتوى في الوقف على قول أبي يوسف كما قدمناه. وهذه المسألة وقعت في نظر الشامية البرانية بدمشق أيام السرجي فإن والد عماد الدين أسند النظر فيها الى ولده عماد الدين وجعل أنه اذا أدرك ابنه علاء الدين وتأهل يكون شريكا لعماد الدين في النظر المذكور ولكن مات علاء الدين واستقل عماد الدين بحكم أنه يزعم أن علاء الدين مات سفيها فاسقا. والذي يظهر أن نظر الوقف لو فوض النظر الى

غيره وقال اذا أدركت ابني فلان كان شريكا له أو كانت الولاية كلها له أنه يصح ويكون بمنزلة اشتراط الواقف على قول ابي يوسف لأن الخصاف ذكر مسألة تؤيد هذا التخريج وهي انه قال « اذا وقف ارضين كل واحدة منهما على قوم بأعيانهم وجعل ولاية كل ارض منهما الى رجل سماه ثم أوصى بعد ذلك الى رجل قال فالوصية أن يتولى كل وقف وتضم الرجل الذي جعل الولاية اليه . قلت فان أوصى بعد الموصى اليه الى رجل قال فالوصية من ذلك الشخص الذي كان الى الموصي » فقد جعل وصي الوصي بمنزلة الواقف حتى جعل له أن يشارك من جعله الواقف الناظر فيه فكذا هنا يجوز شرط الناظر هذا الشرط ينبغي أن يصح ويكون بمنزلة اشتراط الواقف بنفسه . فان قلت كيف جعلت ناظر الوقف بمنزلة الواقف نفسه حتى جعلت له ان يشترط هذا الشرط في تفويضه وما جعلته كالواقف في أنه يملك عزل من فوض اليه والرجوع عنه . قلت في هذه المسألة هو يشبه الواقف فانه اذا فوض وشرط هذا الشرط فعندنا أن قبول الشرط صحيح وهو الظاهر فيصح واذا أراد عزل ذلك الشرط بطل فتبقى على حالها فشابه الواقف لأن ولايته لا تسقط مادام حيا فبالنظر الى هذا المعنى قلنا انه يكون بمنزلة الواقف وبالنظر الى ما أوردت من مسألة ملك العزل والرجوع فليس يشبه الواقف لأنه بالتفويض الشرعي صار أجنبيا فلم يبق له شيء من الولاية فما صار بمنزلة الواقف فلهذا المعنى جعلته في هذه مسألة بمنزلة الواقف نفسه ولم أجعله في تلك المسألة بمنزلة الواقف والله أعلم بالصواب .

التنبيه الخامس : فيما ذكره الخصاف رحمه الله تعالى من قوله « قلت وهل يجد القيام الذي يستحق به هذا الرجل ما جعله له الواقف من غلة هذه الصدقة الى قوله قلت فلو طعن » انه بين فيه ما يجب على ناظر الوقف من العمل الذي يستحق به المعلوم المقرر له على نظره واستنبطنا من أثناء كلامه جواب مسألة واقعة وهي : أن المدرس أو نائبه أو المعيد أو الامام أو من كان مباشرا شيئا من وظائف المدارس اذا مرض أو حج أو حصل له ما يسميه الناس عذرا شرعيا في اصطلاح المتعارف بين الفقهاء انه لا يحرم من معلومه المعين له بل يصرف اليه ولا تكون له عقوبة .

ومقتضى ما ذكره الخصاف أنه لا يستحق شيئاً من المعلوم مدة تلك المدة فإنه قال: قلت: أرأيت إن حلت بهذا القيم آفة من الآفات مثل الخرس والعمى وذهاب العقل والفالج وأشباه ذلك هل يكون هذا الأجر له قائماً؟ قال: إذا حل به من ذلك شيء يمكنه معه الكلام والأمر والنهي فالأجر له قائم، وإذا حل به شيء لا يمكنه معه الكلام والأمر والنهي والأخذ والإعطاء لم يكن له شيء. فقد جعل الجواب فيه على التفصيل وهو أنه إن أمكنه الأمر والنهي في الجملة فالأجر له قائم وإن لم يكن لا يمكنه شيء من ذلك فلا أجر له. فعلم من هذا أن من مرض أو السبه أو أحد من أرباب الوظائف مسموعة فإنه على ما قال الخصاف إن كان يمكنه أن يباشر ذلك استحق وإن كان لا يمكنه فلا يكون له شيء من المعلوم ولا يجعل هذه العوارض عذراً في عدم منعه عن معلومه المقرر له بل دار الحكم في المعلوم على نفس المباشرة فإن وجدت استحق المعلوم وإن لم توجد فلا يكون له معلوم وهذا هو الفقه. ويستخرج أيضاً من هذا البحث والتقرير جواب مسألة أخرى وهي أن الاستنابة لا تجوز سواء كانت لعذر أو لغير عذر فإن الخصاف لم يجعل له أن يستنيب مع قيام الأعذار التي ذكرها ولو كانت الاستنابة تجوز لقال ويجعل له من يقوم مقامه إلى أن يزول عذره وهذا أيضاً ظاهر الدليل وهو فقه حسن.

التنبيه السادس: ما ذكره الخصاف أيضاً من قوله «فلو طعن في أمانته فرأى الحاكم أن يدخل معه آخر أو رأى إخراج الوقف من يده وتصييره إلى غيره إلى آخره» يفيد ظاهراً أن بمجرد الطعن يسوغ للحاكم أن يدخل معه غيره إذا رآه من غير ثبوت ذلك عليه بعد ولا يجوز العزل بمجرده من غير بيان خيانة ظاهرة في الأوجه، بل لا يكفي مجرد الطعن بلا ثبوت، وفي العزل والإخراج لا بد من الثبوت بما يوجب ذلك من ظهور الخيانة.

ثم قوله «فإن كان الذي جعله يقيم أكثر من أجر مثله قال هذا جائز» ولم يذكر إذا كان الذي جعله أقل من أجر مثله كيف يكون الحكم فيه هل يجوز للحاكم أن يزيده إلى مقدار أجر مثله أم لا؟ وذلك بشرط أن يطلب منه الناظر ذلك بطريقه. فنقول: إنما نقف عليها

ولم وجدت أحداً من الأصحاب ذكر سوى ما نقله عن الخصاف من كون القيم الذي جعل الواقف أكثر من أجر المثل هل يجوز له أخذه أم لا ، ولكن الذي يظهر أنه يجوز للحاكم أن يكمل له أجر مثله ويقتصد في ذلك من غير توسع ولا كثرة في القدر الذي يزيده بل يقدر أجر المثل أو دونه بقليل يتسامح فيه القوام غالباً نظراً للوقف سيما إن رأى أن الذي قدره [illegible] القيمة مسألة يحسن أن يحسب منها ويخرج [illegible] وإنما [illegible] . لو قال الإمام القاضي أن مرسومي الذي لا يفي بنفقتي ونفقة عيالي وزاد القاضي في مرسومه من أوقاف المسجد بغير رضا أهل المحلة والإمام مستغن وغيره يؤم بالمرسوم المعهود قال تطيب له الزيادة لما كان عالماً محتاجاً [illegible] بقدر القيمة . فحيث جوز الزيادة للإمام مع أن غيره يقوم مقامه بالوظيفة من غير زيادة فلأن يجوز للناظر أولى لأن معلومه في مقابلة عمل ليس هو مثل [illegible] أقل [illegible] ومرض عليه فالأولى أن يجوز أن يزاد تكملة أجر مثله ، ولكن من الحاكم أن يكون ما قرره الواقف من المعلوم المذكور في كتاب الوقف كان في زمانه أجر مثل العمل في ذلك الوقت إما لكثرة الغلال أو لرخص الأسعار أو لكثرة العمل [illegible] يكون له بسبب الشرط [illegible] ولا يظن بالواقف أن يقصد الإضرار بالقيم في تقليل معلومه [illegible] يتطرق إلى غيره أو يتهاون في قيام مصالحه ، [illegible] أن الواقفين يشترطون في كتبهم أن يبدأ من ارتفاعه بعمارته وما فيه سبب البقاء والمزيد في أجوره ومثله ولذا رأى الناظر أن معلومه قليل [illegible] فإذا كمل له أجر مثله وحصلت له الكفاية اجتهد في العمل فحصل انماء الوقف والريع [illegible] فيحصل المقصود الذي يريد بشرط الواقف أيضاً ، ولأن الحاكم له أن يعين [illegible] الوقف أجر مثله إذا لم يكن ذكر له معلوم في كتاب الوقف فيملك التكميل بالطريق الأولى

وقوله : وإن الواقف إذا جعل الغلة لهذا الرجل في كل سنة ولم يشترط للقيم أن يجعل هذا الذي [illegible] قال فيجعل للقيم أن يوصي به وإذا مات انقطع عنه وعن غيره معنى هذا الكلام أن الذي هو أكثر من أجر المثل إنما جوزناه

باشتراط الواقف لهذا الرجل لا لغيره فاذا لم يشرط له ولي يجيء من بعده من النظار فليس لهذا الرجل ان يوصي به الى غيره لان الواقف انما خص هذا به دون غيره فلا يجوز أن يتعداه « فاذا مات انقطع هذا المال عنه وعن غيره » الضمير فى اذا مات أى الناظر وقوله انقطع عنه تأكيد لانه معلوم أنه ينقطع بموته ، ولا يتوهم أنه يعود الى الواقف لعدم الفائدة فيه ، وعلى قوله وعن غيره محل اعتراض وهو أن يقال الانقطاع يقتضى سابقة المرور والحكم أنه مادر من الثانى شيء فكيف يقول انقطع عن غيره . ويجاب بان هذه مؤاخذة لفظية وكلام المتقدمين كثيراً مايقع فيه اطالة ووضوح لايخل بالحكم ومن فيه طائل

التنبيه السابع . فيما قاله من الجنون المطبق وتقديره بسنة وأنه اذا زال تعود الولاية اليه كما كانت . الجنون المطبق بفتح الباء وهو فى اللغة الدائم المتصل ، وتقديره بسنة فيه فائدة فقهية بها يتكفل سقوط الفرائض عنه كالزكاة والصوم . وقوله « واذا زال تعود » معناه بعد السنة لأنه مقيد بالعود فى السنة ألا ترى الى قوله « فان زال عقله سنة أو سنتين فخرج من القيام بأمر الوقف ثم رجع اليه هل يعود الى ما كان من القيام بأمر الوقف قال نعم » فالسنة حد للخروج لا للعود ، مهما الخروج كالزوال المراعى ان عاد عادت ولايته كما قال أصحابنا اذا عمى القاضى أو ارتد والعياذ بالله تعالى ثم أبصر وعاد الى الاسلام فان ولايته تعود ولا يحتاج الى ولاية جديدة ، فسواء عاد اليه عقله بعد سنتين أو ثلاث أو أكثر تعود الولاية اليه على مقتضى ما ذكره الخصاف وقياساً على مسألة القاضى وليس تقديره بسنة أو سنتين ينفى أن تعود اليه الولاية اذا زال الجنون لأكثر من ذلك

التنبيه الثامن : فيما ذكره فى التتمة من أن ناظر الوقف اذا أراد أن يفوض النظر الى غيره عند موته بالوصية حيث يجوز وان أراد أن يفوض فى حياته وصحته لايجوز الا اذا كان التفويض اليه على سبيل العموم « يجب أن يعلم ان المتولى للوقف عندنا بمنزلة الوكيل من وجه وبمنزلة الوصى من وجه . أما مشابهته الوكيل فمن حيث انه اذا مات الواقف تبطل ولايته كالوكيل اذا مات فان الوكالة تبطل ، ومن

حيث انه ليس له أن يوض فى حياته وصحته كما أن الوكيل ليس له أن يوكل . وأما مشابهته الوصى فهو أنه لذا أراد أن يوض الى غيره عندموته بالوصية حيث يجوز كما ذكره فى التتمة ولو كان بمنزلة الوكيل من كل الوجوه لما افترق الحال بين أن يفوض فى حال الحياة والصحة وبين أن يفوض فى حال المرض بالوصية . والذى يظهر لى أنه انما كان كذلك لان الوقف يبقى فى حياة الواقف وبعد موته على حاله فاذا ولاه النظر بقى بالنظر الى أنه استفاد الولاية من الواقف كالوكيل عنه فيبطل بموته وله عزله كما بدا له ، و بالنظر الى بقاء الشئ وكله لاحيائه بعد موته وهو الموقوف جعل كالوصى حتى كان له أن يسنده و يوصى به عندموته عملا بالشبهين . وقلنا انه ليس له أن يفوض النظر فى حياته كالوكيل . وعند موته قلنا له ذلك كالوصى لمشابهته الوكيل من وجه والوصى من وجه عملنا بذلك فى الموضعين عملا بالشبهين بالقدر الممكن . وأما قوله « الا اذا كان التفويض اليه على سبيل العموم » هذا الاستثناء مخصوص بالأخير وهو التفويض فى حال الحياة بمعنى أن قوله « على سبيل العموم » أنه ولاه وأقامه مقام نفسه وجعل له أن يسنده ويوصى به الى من شاء ففى هذه الصورة يجوز التفويض منه فى حالة الحياة وفى حالة المرض المتصل بالموت

التنبيه التاسع : وما ذكره فى القنية «ان القيم أن يفوض مافوض اليه ان عمم القاضى التفويض اليه والا فلا » هذا الفرع أخص من الفرع المذكور فى التتمة فان الذى فى التتمة يشمل الناظر الذى من جهة الواقف والناظر الذى من جهة القاضى . والذى ذكره فى القنية يخص الناظر الذى من جهة القاضى والحكم واحد وتفسير التعميم هنا مثل ما فسرناه فيما تقدم . وأما قوله « اذا مات القاضى أو عزل يبقى منصبه على حاله قياسا على نائبه فى القضاء ولكن ينبغى أن يكون محمولا على ما اذا عمم له الولاية وولاه فى حياته وبعد موته فان القاضى بمنزلة الواقف والواقف اذا جعل الولاية الى رجل ثم مات ولم يقل فى حياته وبعد موته تبطل ولايته فكذا القاضى » فقوله يبقى منصبه على حاله بشرط تعميم الولاية فى الحياة وبعد الموت

اللهم الا أن يقال ان ولاية القاضي أعم من ولاية الواقف وتصرفه بمنزلة حكمه وتوليته
بمنزلة حكمه وحكمه لا يبطل بموته ولا بعزله وكذا ما فعله من التولية بمنزلة تنفيذه
ولا يقال ينبغي أن يتحقق الخلاف بين الموت والعزل حينئذ كما افترق في مستخلف الحاكم
فان القاضي اذا استخلف ثم مات لا ينعزل خليفته بموته ولو عزل ينعزل نائبه بعزله
لأن القاضي ليس له أن يستخلف على القضاء الا اذا فوض اليه ذلك فاذا فوض
اليه الاستخلاف فاستخلف يبقى نائبه نائبا عن الاصل بعد عزل الاصيل نائبه لأن
السلطان بعزل الاصل تبين انه لا يرضى بما فعله فيعزل نائبه ، اما ولاية الوقف
فهي للقاضي سواء شرطها السلطان في تقليده وعهده أم لا والقاضي نافذ أحكامه
واحكامه لا تبطل بالعزل فكذا تولية الوقف لا تتعلق بالعزل فلهذا قلنا انه لا ينعزل
بموته ولا بعزله . وقوله « واذا نصب القاضي قيما آخر ينعزل الاول ان كان
منصوبا من الواقف وان كان من جهته وعلم وقت نصب الثاني ينعزل » فالأول
لا اشكال فيه . ولا يقال ينبغي أن ينعزل كما أن القاضي ليس له أن يعزل الوصي
العدل الكافي ولو عزله ينعزل فلم لا تعمل توليته لآخر عزلا للأول ؟ لانا نقول
هذا ليس بشيء لأن في مسألة الوصي يحصل العزل صريحا من القاضي وهنا لم
يحصل عزل ويبقى بمنزلة ما اذا ضم القاضي الى الوصي رجلا في الوصية فانه لا ينعزل
الوصي الذي من الميت وقوله « وان كان من جهته » أي من جهة القاضي « وعلمه
وقت نصب الثاني فانه ينعزل » ففرق بين العلم بالأول وقت نصب الثاني وبين
عدم العلم . والفرق بينهما أن نصبه الثاني وهو لا يعلم بالأول الظاهر منه أنه أتى
فعله نظرا للوقف لا عزلا لأنه اطلع على خيانة من الأول توجب العزل ، بخلاف
وقت العلم لأنه انما استبدل به لظهور ما يوجب عزله ولكن الستر أفضل فلهذا قلنا
لا ينعزل في الأول وينعزل في الثاني . ويؤيد هذا مقالة الأصحاب من أن القاضي
اذا قضى بخلاف مذهبه فانه ان كان ناسيا ينفذ عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان
عالما لا ينفذ اتفاقا ، وعللوا هناك للامام بأن حكم القاضي في الأول وهو حالة النسيان
يعذر فيه لتزاحم الحوادث وكثرة الخصومات فيسهو بخلاف الثاني . وأما قوله

« متولى الوقف من جهة الواقف اذا قال عزلت نفسي لاينعزل » وفية الكلام فيه نقص [1] فلينظر في نسخة أخرى » هذا يحمل على ما اذا كان بغير حضرة الواقف أو القاضي اما لأنه يشبه الوصي وبعد القبول لايملك عزل نفسه الا بحضرة الموصي أو في مجلس القاضي ، واما لأنه يشبه الوكيل والوكيل ليس له أن يعزل نفسه من الوكالة الا بعلم الموكل ، وجعله بمنزلة الوصي أولى لانه يشمل الواقف والقاضي بخلاف الثاني . ولا يقال ان قوله « متولى الوقف من جهة الواقف » ان هذا مخصوص به دون المنصوب من جهة القاضي . لأنا نقول مانص على متولى الوقف من جهة الواقف الا لأنه ينظر الواقف والقاضي فانه قال « الا اذا قال » وحصل نقص في العبارة ولكن قوة الكلام يظهر أن الناقص يكون تقديره الا أن يقول له الواقف أمضيت او القاضي فيخرجه لأنه مقيد بالمنصوب من جهة الواقف بل الذي من جهة القاضي حكمه ينبغي أن يكون كذلك والله أعلم بالصواب

المسألة السبعة عشرة : اذا أقر أنه وقف جميع حصته من هذه الدار أو الأرض وهي الثلث وشهد عليه الشهود بذلك وكانت حصته أكثر من الثلث كيف يكون الحكم فيها ؟

اعلم أن الخصاف ذكر هذه المسألة في وقفه فقال قلت : فان شهد الشهود على اقرار الواقف أنه وقف جميع حصته من هذه الأرض وهي الثلث منها وكانت حصته النصف أو اكثر من الثلث قال تكون حصته كلها ان كانت النصف أو أكثر من ذلك وقفا ، ألا ترى أن أصحابنا قالوا لو أن رجلا قال قد أوصيت بثلث مالي وهو الف درهم فوجد ثلثه الفي درهم انا نعطي الموصى له الثلث كله وهو الفا درهم وان كان أكثر من الفي درهم فله جميع ذلك . وكذلك الوقف هو قياس على الوصية الا ترى أن رجلا لو قال أوصيت لفلان بحصتي من هذه الدار وهي الثلث فوجدنا حصته النصف أنا نحكم للموصى له بالنصف كله والوقف بمنزلة

---

(١) عبارة القنية التي أشار المؤلف هنا وفيها نقص الى أن بها نقصا قد أثبتناها صحيحة بالسطرين ١٨ و١٩ من الصحيفة ١٢٥ فلتنظر وفيها يستبين الحكم

الوصية . قلت هذا الذي ذكره الخصاف في المسألة مخرج على مسألة الوصية وهي منقولة عن الأصحاب ذكرها الكرماني أيضا وغيره لا أنه وجد فيها رواية محفوظة عنهم . وللقائل أن يفرق ويقول ان الوصية أوسع من الوقف ومن غيره ولهذا جازت الوصية للحمل وبه وجازت في المنقولات وبالمعدوم والوقف لا يجوز في ذلك كله . ولأن حاله الوصية حالة اشتغال بالمرض فالظاهر أنه نسي مقدار الحصة حالة اشتغاله بالمرض اما حالة الوقف فحالة يقظة وتنبه وما ثم ما يشغله عن ذكر مقدارها فلا يحمل كلامه « وهي الثلث » على أنه نسي مقدارها لاشتغال خاطره فيصرفه الى جميعها بل جاز ان يكون مراده أن يستثني لنفسه منها شيئا ينتفع بثمنه ، والظاهر يساعدنا على ذلك فان الانسان يخشى الفقر ويستقبح خروج الكل عن ملكه فكان الظاهر مؤيدا له . اما في الوصية فالظاهر من حاله أنه يقصد التقرب بما يرجو به الزيادة من الاجر والثواب ويعلم أنه صار الى حالة قريبة من الموت فالمظنون به في ذلك الوقت أنه يختار ان يقدم بين يديه كل ماله . ولهذا القائل أيضا أن يلتزم الفرق بين الوقف في حالة الصحة وفي حالة المرض ويحمل الوقف في حالة المرض بمنزلة الوصية وفي حالة الصحة يحمل الوقف على الثلث الذي ذكره لا على المعنى الذي ذكرناه:

المسألة الثامنة عشرة : وقف الحصة من هذه الارض ولم يسم مقدارها هل يصح أم لا ؟

ذكر الخصاف في وقفه قال: لو قال وقفت جميع حصتي من هذه الارض أو قال من هذه الدار ولم يسم ذلك قال أستحسن أن أجيز ذلك اذا كان الوقف ثابتا على الاقرار بالوقف ، وان جحد الواقف الوقف فان جاء ببينة تشهد عليه بالوقف وبمقدار حصته من الأرض أو الدار وسموا ذلك قبل القاضي ذلك وحكم بالوقف على ما صح عنده منه . وان شهد الشهود على الوقف باقراره بالوقف ولم يعرفوا مقدار ماله من الأرض أو من الدار اجبره القاضي أن يسمي ماله من ذلك فما يسمي من شيء فالقول فيه قوله ويحكم عليه بوقفه لذلك . وان كان الواقف قد مات فوارثه يقوم مقامه في ذلك فما أقر من ذلك لزمه

المسألة التاسعة عشرة . الراهن اذا وقف المرهون هل يصح أم لا ؟

ذكر الخصاف في وقفه قال الراهن اذا وقف المرهون ثم افتكه ولو بعد سنين فهو وقف وليس له ان يبطل الوقف قبل فكاك الرهن بل متى افتكها فهي وقف وذكر في موضع آخر منه قال: قلت فلو أن رجلا وقف دارا له وهي في يد رجل قال ان افتكها فالوقف جائز وان لم يفتكها لم يجز قلت فان آجر داره سنة أو أكثر ثم وقفها قال فالوقف جائز في الاجارة فاذا انقضت مدة الاجارة كانت الدار وقفا .

وذكر في وقف خزانة الاكمل قال: لو وقف الرهن ان افتكه جاز والا بيع في الدين . وذكر هلال في وقفه في باب « الرجل يشتري ارضا بيعا فاسدا فيقفها قبل أن يقبضها » قال لو رهن رجل رجلا أرضا فوقفها الراهن على المساكين قال ان افتكها الراهن جاز الوقف وان لم يفتكها لم يجز الوقف وبيعت الارض في الدين وبطلت الوقف ، ألا ترى أنه لو باعها الراهن تمت البيع فكذا الوقف . ولو كان الراهن اعتق العبد المرهون جوزت العتق والعتق مخالف للبيع والوقف أشبه ألا ترى ان قوما في عبد لرجل أسره العدو فاشتراه رجل منهم أن مولاه أحق به بالثمن فان باعه الذي اشتراه من العدو كان لمولاه أن يأخذه ولو كان أعتقه مشتريه من العدو كان العتق جائزا ولا يرد لان العتق استهلاك انتهى كلامه .

قلت لم أقف على تقدير مدة الفكاك وانما اذا مضت مدة ولم يفتك الراهن الواقف الوقف هل يبطل أولا ؟ ومقتضى ما ذكره الخصاف أنه يبقى موقوفا وان طالت المدة الى أن يفتكه ، وما ذكره هلال من قوله « وان لم يفتكها لم يجز » الظاهر ان مراده بعدم الجواز عدم النفاذ واللزوم والا لاشك انه جائز قبل الفكاك ولهذا لو افتكه عمل الاول عمله ولا يحتاج الى تجديد الوقف ثانيا ثم قوله وان لم يفتكها لم يجز معناه على ما ذكرنا لم يلزم . فلو مات الراهن ولم يفتكها هل يبطل الوقف أصلا ورأسا أم لا ويلزم الورثة بان يقضوا الدين من بقية التركة ، وكذلك لو لم يمت وامتنع من الايفاء فان كان مستحقا عليه هل يبطل أم لا ؟ وان لم يمتنع لكنه معسر هل يبطل الوقف مع تعلق الفقراء به ام لا يبطل وينتظر قدرته ويسرته ؟

وكذا لو امتنع من الايفاء وهو قادر هل يبطل الحاكم الوقف ويبيعه فى الدين ثم يبيع عليه عروضه وعقاره فى الدين ويبطل الوقف ام لا وهل اذا طلب المرتهن من الحاكم فسخ الوقف بعد تقدمه اليه بالمحاكمة ولم يمكنه هل يجيبه ويفسخه أم لا. وهل اذا أراد الواقف أن يفسخه بنفسه هل يصح فسخه ام لا. وهل اذا مات معسرا ولا شىء له سوى الرهن الذى وقفه هل يبيعه الحاكم فى الدين أم لا؟

علم وفقك الله أن الكلام فى هذه المسألة يستدعى ذكر مقدمة وهى تحرير الكلام أولا على بيع المرهون ونقل المذهب عن الأصحاب فيه ثم بعده لنشرع إن شاء الله تعالى فى الأجوبة عن هذه الأسئلة المفصلة ملتمسين من الله المعونة فى ذلك وهو خير معين

أما بيع المرهون فذكر فى الذخيرة فى البيوع قال: اختلفت عبارة الكتب فى بيع المرهون، وقع فى بعضها أن بيع المرهون فاسد، ووقع فى بعضها أن البيع موقوف فمن مشايخنا من قال فى المسألة روايتان وعامتهم على أن الصحيح أن البيع موقوف، إن قضى الراهن المال أو أبرأه المرتهن منه ورد الرهن عليه ورضى به تم البيع. وإن لم يجز المرتهن بيعه وطلب المشترى من القاضى التسليم فالقاضى يفسخ العقد بينهما وهذا لأن البيع صدر من المالك وللمرتهن حق فى المحل، وكما يجب مراعاة حق المالك يجب مراعاة حق المرتهن وإنما يصير الحقان مرعيين إذا قلنا بالتوقف. ومعنى قوله فى بعض الكتب فاسد أنه لاحكم له فكان فاسدا فى حق الحكم. ثم قال وبعد ذلك فهل للمرتهن حق فسخ هذا البيع؟ اختلفت المشايخ فيه، منهم من قال ليس له ذلك لأن حقه فى اليد لافى الرقبة والبيع يصادف الرقبة. ومنهم من قال له حق الفسخ لأن البيع يبطل ملك الرقبة وهو وسيلة الى استيفاء الدين منه عند الهلاك. وفى شرح الجامع أن فى ظاهر الرواية ليس للمرتهن حق الفسخ وروى ابن سماعة عن محمد أن له حق الفسخ، وليس للراهن فسخ هذا البيع لأن هذا البيع انعقد صحيحا فى حقهما وانما التوقف فى حق المرتهن هذه عبارة الذخيرة. وذكر فى الفتاوى الصغرى الظهيرية ماصورته:

بيع المرهون يعني أنه غير نافذ في حق المرتهن بل هو موقوف حتى لو انقضت مدة الاجارة أو قضى الراهن المال ينفذ ذلك البيع هذا هو الصحيح وليس للراهن والمرتهن حق الفسخ بمنزلة بيع المستأجر . وذكر في الهداية : اذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه ، كمن أوصى بجميع ماله توقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان أجاز المرتهن جاز لأن التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز أيضا لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل . واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله وهو الصحيح لأن حقه يتعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل ، فصار كالعبد المأذون المديون اذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط فكذا هذا . وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتكه الراهن لا سبيل للمشترى عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك ، فصار كالمالك له أن يجيزه وله أن يفسخه . وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لأنه لو ثبت له حق الفسخ انما ثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفاً ، فان شاء المشترى صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الأمر الى القاضي وللقاضي أن يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه ، وصار كما اذا أبق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشترى لما ذكرنا كذا هذا . هذه عبارة الهداية . وذكر الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوى قال : اعلم أن الراهن اذا تصرف في الرهن قبل سقوط الدين فتصرفه لا يخلو اما أن يتصرف تصرفاً لا يلحقه الفسخ كالعتق والتدبير والاستيلاد واما أن يتصرف تصرفا يلحقه الفسخ كالبيع والكتابة والاجارة والهبة والصدقة والاقرار ونحوها بغير رضا المرتهن فلا يجوز ذلك التصرف في حق المرتهن ولا يبطل حقه في الحبس فاذا قضى الراهن الدين

وبطل حق المرتهن فى الحبس مثلث تصرفات الراهن وإن أجاز المرتهن تصرف الراهن عند وبطل الرهن والدين على حاله الا فى البيع خاصة فانه يكون الثمن رهناً مكان المبيع ، وكذا لو كان تصرف فى الابتداء وأذن المرتهن نفذت تصرفاته وأما اذا تصرف الراهن تصرفاً لا يلحقه الفسخ فانه ينفذ ويبطل الرهن ، وذكر كلاماً فى التضمين فيه طول وليس هذا موضعه ، تم كلام الأسبيجابى : فتحرر من هذا كله أن بيع المرهون موقوف على اجازة المرتهن أو قضاء الدين أو الابراء ، وتحرر لنا أن الراهن لا يملك فسخ البيع وكذلك لا يملك المرتهن فسخه على الصحيح من الرواية حتى قال فى المحيط فى بيع ما هو متعلق به حق الغير قال فيما اذا باع الراهن المرهون أو المؤجر المستأجر قال فانه موقوف وللمشترى أن يفسخه ان لم يعلم أن مشتراه رهن أو مؤجر . ثم قال وليس للراهن ولا للمؤجر فسخه لأن البيع نافذ فى حقهما وكذلك المرتهن والمستأجر لا يملكان الفسخ فى ظاهر الرواية نص عليه فى الجامع . هذه عبارة المحيط . وانما الذى يملك الفسخ هو القاضى لكن عرافعة المشترى الراهن بطلب التسليم . وقد تقدم أن الوقف أشبه بالبيع من العتق كما نقلناه عن هلال وكذلك الاسبيجابى لوح فى كلامه عليه فانه ذكر الصدقة والهبة والوقف يشبههما . فتلخص لنا أن الوقف يعمل فيه كما يعمل فى البيع لمشابهته به

رجعنا الى الجواب عن السؤال الأول وهو أنه اذا مات الراهن بعد ما وقف المرهون هل يبطل الوقف أم لا وهل تلزم الورثة بقضاء الدين من التركة فنقول : الظاهر أنه لا يبطل الوقف لأن التصرف صحيح لأنه صدر من أهله فى محله وتوقف نفاذه على اجازة المرتهن أو أداء الدين أو الابراء فموت الواقف لا يبطل الوقف مع امكان مراعاة حق المرتهن وهو أن يستوفى الدين من التركة ولا حق للمرتهن فى العين كما قلنا فى البيع اذا مات لا يبطل لأنه تعلق به حق المشترى وتوقف نفاذه لأجل حق المرتهن فموته لا يؤثر فى ابطاله . وأما قوله وهل تلزم الورثة أداء الدين من التركة . نعم للمرتهن أن يطالب الورثة بالدين ويستوفيه من التركة ولا يمنعه من ذلك ما عنده من الرهن لأن الوارث خليفة الميت وهو كان له ذلك

في حياة المورث وكذا بعد وفاته

وأما الجواب عن السؤال الثاني وهو أنه إذا لم يفتك الراهن وامتنع من الإيفاء هل يبطل الوقف أم لا . الظاهر أنه لا يبطل ولكن للمرتهن أن يرفعه إلى القاضي ويحبسه بدينه حتى يوفيه الدين

وأما الجواب عن السؤال الثالث وهو أنه إذا لم يتيسر لكونه معسراً هل يبطل الوقف مع تعلق حق الفقراء به أم لا يبطل وينتظر قدرته ويسرته عند ميسرته فمشكل ولم أقف عليه في باب البيع ، ولكن لقائل أن يقول يرفع المرتهن الأمر إلى القاضي فإذا ثبت عنده أنه معسر ليس له سوى الرهن الذي وقفه وثبت الدين أيضاً عنده وألح المرتهن في الطلب ولم يمهل عليه إلى وقت ميسرة فإن القاضي يجيبه إلى ذلك ويبطل الوقف ويبيع الرهن في الدين لأنه ظهر عليه بعد ما وقفه مرهون فينوب القاضي منابه في إيصال الحق إلى مستحقه، ولأنه قد اجتمع ههنا حقان حق العبد وحق الله تعالى أما حق العبد فظاهر وهو المرتهن وأما حق الله تعالى فهو الوقف فإن الوقف هو حبس العين على ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة على الصحيح فيقدم حق العبد لضعفه وغنى الله تعالى . ولا يقال إنه اجتمع ههنا حق الفقراء أيضاً لأن الفقراء لا حق لهم في الرقبة إنما حقهم في المنفعة فكان حقهم ضعيفاً بالنظر إلى حق المرتهن والضعيف لا أثر له مع القوي . ولقائل أن يمنع هذا ويقول ينبغي ألا يبطل الوقف لأن المرتهن لا حق له في الرقبة والوقف إنما صادف الرقبة لا اليد وإنما توقف نفاذه في الحال رعاية لحق المرتهن ولهذا لا يملك فسخه على الصحيح وإذا لا يبطل هذا العقد فبقي موقوفاً ودار الأمر بين أن يؤخر حق المرتهن ولا يبطل الوقف وبين أن يبطل الوقف ولا يؤخر حق المرتهن والقول بالتأخير أولى من الإبطال كيف وأن المال غاد ورائح ويحتمل أن يعود اليسار قبل وجود من يشتري الوقف فيفوت التأخير إلى بدل وإذا قلنا بالإبطال يفوت الوقف لا إلى بدل وفيه إبطال حق الفقراء . وقد قال أصحابنا قريباً من هذا في المديون إذا وقف ماله قصداً منه إلى المماطلة قالوا يصح وإن كان يأثم بسببه لأن هذا ليس لأرباب الديون

فيه حق بخلاف مسألتنا . لكن يقال أيضاً ان المرتهن ماله حق في العين انما له احتباس العين لحقه والاحتباس لاينافي الوقف فشابه مسألتنا من هذا الوجه . وأيضاً هو قال أنه يبطل من الذي يلي إبطاله ؟ لاجائز أن يليه الواقف لأنه لازم في حقه بدليل أنه لايجوز له بيعه بعد مارهنه ولو باعه ثم قضى الدين نفذ الوقف ويبطل البيع ، ولاجائز أن يليه المرتهن لأن الصحيح أن المرتهن لايملك أن يفسخ البيع وكذا لايفسخ الوقف ، ولاجائز أن يليه القاضي لأن مذهب الامام أنه لايرى الحجر على الحر العاقل البالغ ولا يبيع عليه عروضه في دينه اذا امتنع عن إيفائه ولا عقاره وعندهما يملك القاضي بيع العروض وفي العقار روايتان والأظهر عندهما أنه يبيع . فاذا كان عنده لامتناعه من الايفاء مع قدرته على الأداء وظهور الظلم منه لايبيعه فهنا أولى . ولا يخرج أيضاً على قولهما لأن وضع المسألة في الممتنع وهنا الواقف ليس بممتنع ولا متمرد بل هو موافق حريص على الأداء وانما منع منه مانع لايقدر على ازالته وليس له مايوفي منه الدين فيعذر في التأخير والقاضي ينظر في مصلحة الوقف وأهله عنه والى الآن لم يترجح عندي شيء لا القول بالبطلان ولا عكسه .

وأما الجواب عن السؤال الرابع وهو اذا كان ممتنعاً وهو قادر هل يبطل الحاكم الوقف ويبيعه في الدين أم يبيع عليه عروضه أو عقاره في الدين ويسلم الوقف أم لا ؟ ليس للحاكم أن يبيعه في الدين في هذه الحالة وانما الأولى أن يختار قولهما في هذه المسألة ويبيع عليه عروضه ان وفت بالدين وان لم تف يكمله بالعقار لنظر الوقف كل ذلك عند تعذر مطالبة المرتهن بطريقه وامتناع المديون من الايفاء ولا يبيع الوقف في هذه الحادثة على الاقوال كلها .

وأما الجواب عن السؤال الخامس وهو اذا طلب المرتهن من الحاكم فسخ الوقف بعد تقدمه اليه بالشكاية ولم يمتثله هل يجيب ويفسخه أم لا ؟ فهذا لايملكه المرتهن لأن المرتهن له حق في المطالبة بدينه وليس له طلب ابطال عقد صحيح لاينافي حقه في الرهن وهذه الدعوى ليست صحيحة ، ألا ترى الى ماقاله صاحب

الهداية فى البيع وكيفية الفسخ من جهة القاضى وجعله بدعوى المشترى على الراهن التسليم ولو كان يصح هذا من المرتهن أيضاً لكان أمس أن يذكره لكن انه نص على المشترى لأن الدعوى من جهته صحيحة بتمين الاصغاء اليها : أما من المرتهن فلا لأنه ان طلب التسليم فهو متناقض فى دعواه لانه مسلم بالاتفاق اذ الرهن ما خرج من يده ، وان طلب بيعه فليس له ذلك لأن حقه فى الذمة فلم تصح الدعوى من جهته فلا يسمع الحاكم منه ، وانما اذا ادعى على الراهن الدين يسمع دعواه ويحبسه فيه بطريقه

وأما الجواب عن السؤال السادس وهو اذا أراد الواقف أن يفسخ بنفسه وفسخه هل ينفسخ الوقف بذلك أم لا . الظاهر أنه لاينفسخ بذلك قياساً على البيع فانه قرن به فى الحكم وفى البيع لايملك ذلك فيما قدمناه فكذا فى الوقف .

وأما الجواب عن السؤال السابع وهو اذا مات الراهن الواقف معسراً وليس له شىء سوى ما وقفه من المرهون هل يبيعه الحاكم فى وفاء دين المرتهن أم لا ؟ الظاهر أن للحاكم أن يبيعه فى وفاء دين المرتهن لأنه تعذر افتكاكه وايس منه وحق المرتهن تعلق به بعد الموت وصار كما اذا وقف مايملكه فى مرض موته وعليه ديون مستغرقة فانه يبطل الوقف و يباع فى الدين وعلى هذا الوجه يتعين أن نحمل كلام الخصاف وهلال وغيرهما من قولهم انه موقوف ان افتكه جاز ولو بعد سنين وليس له أن يبطل الوقف قبل الفكاك وما يتحقق الاياس الا فى هذه الصورة . أما فى الصورة التى ذكرناها أولا فامكان الفكاك فيها موجود فلهذا لم نجوز ابطال الوقف وهنا جوزناه . ثم رأيت بعد ذلك فى متن البحر المحيط ما صورته : قال ولو أن رجلا رهن ضيعة له من رجل ثم انه وقفها وقفا صحيحا فان افتكها الراهن فالوقف جائز نافذ وان لم يفتكها حتى مضت سنة أو سنتان لا يبطل الوقف حتى لو افتكها بعد ذلك كانت وقفا . فان مات صاحب الضيعة فى فصل الرهن قبل الفكاك ، ان كان له مال غير الضيعة أدى الدين من ماله وكانت الضيعة وقفا ، وان لم يكن له مال غير هذه الضيعة بيعت الضيعة فى الدين ويبطل الوقف اه

كلامه . فانظر وفقك الله الى صحة ماخرجناه فى هذه المسألة كيف وافق المنقول من الأصحاب فيها فلله الحمد . فقوله ان لم ينفكها حتى مضت سنة أو سنتان لايبطل الوقف وجعل فى مسألة الموت معسرا يبطل الوقف علمنا أنه مادام الواقف حيا لايبطل الوقف سواء كان موسرا أومعسرا لمعنى الذى ذكره أولا

فتلخص لنا حينئذ من الجواب فى هذه المسألة أن الواقف مادام حيا لايجوز أن ينقض الوقف ولا يباع فى الدين ، واذا مات فلا يخلو ، اما أن مات موسرا أومعسرا فان مات موسرا لايبطل الوقف أيضا ويوفى الدين من بقية المال ، وان مات معسرا وليس له سوى ماوقفه بعد مارهنه فانه يباع فى وفاء الدين ومن ضرورته بطلان الوقف والله أعلم بالصواب .

المسألتان العشرون والحادية والعشرون : اذا وقف على بنيه وله بنات وبنون هل تدخل البنات فى الوقف أم لا ؟ وكذلك اذا قال على أخوتى وله اخوة وأخوات هل تدخل الأخوات فى الوقف أم لا وما الضابط فى ذلك ؟ (١)

ذكر فى وقف هلال قال : قلت أرأيت اذا قال على بنى وله بنون وبنات قال فهم جميعا فى الوقف سواء لان البنين والبنات اذا جمعوا كانوا مذكرين : قلت أرأيت لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على اخوتى وله اخوة وأخوات قال هم جميعا سواء فى الوقف . قلت . وهذا بمنزلة قوله بنى فلان فالبنون والبنات فيه سواء قال هذا كله سواء وهم جميعا أسوة . وذكر فى وقف الخصاف قال . قلت . أرأيت اذا قال أرضى هذه صدقة موقوفة على بنى وله بنون وبنات قال تكون الغلة للبنين والبنات جميعا ، من قبل أن البنات اذا جمعن مع البنين ذكروا ، ألا ترى أنه لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على اخوتى وله اخوة وأخوات أن الغلة لهم جميعا ، ألا ترى الى قوله تعالى « فان كان له اخوة » والاخوة والأخوات فى ذلك سواء . وذكر فى الذخيرة قال : اذا قال أرضى هذه صدقة موقوفة على بنى وله ابنان فصاعدا استحقا جميع الغلة ، ثم قال ولو قال على بنى وله بنون وبنات قال هلال هم

(١) سيأتى هاتين المسألتين مرة بعد فى المتفرقات

جميعا فى الوقف سواء لأن البنين والبنات عند الاجتماع يسمون بنين . هكذا ذكره الخصاف فى وقفه ورواه عن أبى حنيفة وعن يوسف بن خالد السمتى فيمن أوصى بثلث ماله لبنى فلان وله بنون وبنات فالثلث لهم جميعا وهم فيه سواء وكذا الوقف . قال هلال وروى يعقوب عن أبى حنيفة أن ذلك للبنين دون البنات ، وعلل فقال ألا ترى أنه لا يحسن أن يقال هذه المرأة من بنى فلان . وبعض المشايخ قالوا ان فى هذه المسألة روايتين عن أبى حنيفة . وبعضهم وفق بين الروايتين فقال ماروى أنه يدخل فيه البنون والبنات محمول على ما اذا كان فلان أبا قبيلة كبنى تميم وما روى انه لا يدخل فيه البنات محمول على ما اذا كانوا بنى أب يحصون وقد أشار فى التعليل الى ماقلناه حيث قال « لا يحسن أن يقال هذه المرأة من بنى فلان » وهذا انما يستقيم اذا كانوا بنى أب يحصون ، أما اذا كانوا بنى أب لا يحصون صح ذلك فانه يستقيم أن يقال هذه المرأة من بنى تميم . وبنحوه روى عن أبى يوسف فى الوصية فانه قال الثلث للبنين دون البنات الا فى كل أب يحسن أن يقال هذه المرأة من بنى فلان مثل فخذ أو قبيلة ، هذه عبارة الذخيرة . وذكر فى الكشف شرح البزدوى قال ناقلا عن المبسوط . لو أوصى بثلثه لبنى فلان ولفلان ذلك أولاد فالثلث للذكور من ولده دون الاناث فى قول أبى حنيفة الآخر وفى قوله الأول وهو قولهما اذا اختلط الذكور والاناث فالثلث بينهم فان انفردت الاناث فلا شىء لهن بالاتفاق . وذكر فى المنار فى الاصول لحافظ الدين قال : والجمع المذكور بعلامة الذكور يتناول الذكور والاناث عند الاختلاط ولا يتناول الاناث المفردات . قال محمد فى السير الكبير اذا قال واحد من أهل الحصن أمنونى على بنى وله بنون وبنات فالامان يتناول الفريقين . وذكر فى شرح مجمع البحرين قال : رجل أوصى لبنى فلان ولفلان ذكور واناث فالوصية للذكران منهم دون اناثهم لأن قوله بنو فلان بمنزلة الذكور من أولاد فلان لأن الابن اسم للذكر والبنون جمعه . وقال محمد الوصية لهم جميعا بينهم بالسوية لأن البنين جمع الابن كما أن الاخوة جمع الاخ فيتناول البنين والبنات المختلطة بالبنين كما

يتناول لفظ الاخوة الأخوات المختلطة بالاخوة كما فى قوله تعالى « فان كان له اخوة فلأمه السدس » وعن أبى حنيفة رحمه الله فى ذلك روايتان ومثله فى الزورنى شرح المنظومة . وذكر القدورى فى شرح مختصر الكرخي قال : باب الوصية لبني أب فى الناس يعرف : قال بشرعن أبى يوسف فى رجل أوصى بثلث ماله لبني فلان رجل من الناس يعرف فان أبا حنيفة قال فى ذلك هو لولده جميعا الذكور والاناث سواء ثم رجع عن ذلك وقال هو للذكور دون الاناث ، وقال أبو يوسف ومحمد هو للذكور والاناث جميعا . وجه قول أبى حنيفة أن الابنة لايتناولها اسم الابن على الحقيقة وانما يتناول الاسم الذكور والاناث جميعا على سبيل المجاز ومن حكم اللفظ الحمل على حقيقته ولا يحمل على مجازه الا بدليل وليس كذلك الااذا كان فلان أبا قبيلة أو فخذ لان النسبة اليه لايقصد بها الاعيان وانما يقصد بها الانتساب وهو موجود فى الذكر والانثى ولهذا المعنى يتناول الاسم الاناث منهم وان لم يكن معهن ذكر ولا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف الاناث اللاتى لاذكر معهن . وجه قول أبى يوسف ومحمد أن الذكور اذا اجتمعوا مع الاناث غلب عليهم اسم الذكور ويتناولهم الاسم جميعا وان كان لا يتناولهم حالة الانفراد فوجب أن يحمل على جميعهم . وذكر فى آخر الباب أيضا قال : قال هشام سألت محمدا عن رجل قال قدأوصيت بثلث مالى لبنى فلان أو لأخوة فلان وفيهم ذكور واناث فأخبرنى أن أبا حنيفة قال هو للذكور دون الاناث قال محمد هو بينهم بالسواء لايزداد ذكر على أنثى . وهذا على ماقدمنا أن اسم الذكور انما يتناول الاناث اذا اجتمعن مع الذكور على وجه المجاز ومن حكم الاسم أن يحمل على حقيقته وعلى قول محمد اسم الذكور غالب على الاناث ويتناولهم الاسم جميعا . قلت فتحرر من هذا أن فى المسألة خلافا بين أبى حنيفة وصاحبيه ، فعند أبى حنيفة فى قوله الآخر أن البنات لايدخلن فى لفظ البنين ، وفى قوله الأول وهو قولهما يدخلن معهم اذا كان الايصاء لبنى أب من الناس رجل يعرف . أما اذا كان أبا قبيلة أوفخذ كبنى تميم فانه لاخلاف فى دخول البنات حتى لو لم يكن له بنون وله

بنات فقط فانهن يدخلن وحدهن كما ذكره القدوري فيما نقلناه عنه . وبهذا تبين خطأ من وفق بين الروايتين وقال ان ماروى في دخول البنات محمول على ما اذا كان فلان أبا قبيلة كبنى تميم لأن تلك لا خلاف فيها انما الخلاف فيما اذا كان رجلا معروفا من الناس ليس أبا قبيلة . والظاهر أن الصحيح قولها ، اما لكون القدوري أخرجه قولها بعد ذكر وجه قول الامام وهذا أمارة الترجيح على العرف الصناعي بين الاصحاب ، واما لأن أهل الأصول جعلوه أصلا وفرعوا عليه كما نقلنا عن المنار وهو دليل الصحة أيضا . هذا من حيث الكلام على اصطلاح الأصحاب في الترجيح ، وأما من حيث الدليل فهو أيضا أقوى لأن الاخوة جمع أخ وهو اسم للذكر كما أن البنين جمع ابن وهو اسم للذكر وفي الجمع الأول جعلناه متنا ولا للبنين والبنات جميعاً فكذا في الثاني وهذا قوي جدا . وكنت جمعت هذا وما يناسبه في بيت وهو

بنو وأولاد أقارب اخوة وآباء قل قد شارك الذكر الأنثى

فمسألة البنين تقدمت . ومسألة الأولاد ظاهرة أيضا والاقارب كذلك والاخوة تقدمت أيضاً . وأما مسألة الآباء ففي أن أهل الحصن اذا قالوا أمنونا على آبائنا تدخل الامهات . وقولنا « قد شارك الذكر الأنثى » في النظم معناه أن الذكر لايختص به بل بينه وبين البنت أو بين الأب وبين الأم في مسألة الآباء . ولم أر أحدا سبقني الى هذا ولا حرره وهو فائدة جليلة فليعلم والله أعلم

المسألة الثانية والعشرون : في وقف الفضولي والاجازة له هل تصح أم لا ؟ ذكر الخصاف في وقفه قال : قلت فان قال قد جعلت أرض فلان صدقة موقوفة لله أبدا على فقراء المسلمين فبلغ صاحب الأرض ذلك فقال قد أجزت مافعله فلان في أرضي قال تكون الأرض وقفاً وهي وقف من قبل مالكها واليه ولايتها . هذه عبارة الخصاف تمت : فهذا بناء على ذلك الأصل المعروف وهو أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وهو ظاهر في نفسه وليس فيه شيء يحتاج الى حل وتفكيك

المسألة الخامسة والعشرون : اذا اشتبهت مصارف الوقف بحكم ضياع كتابه كيف يعمل فيه ؟ (١)

ذكر في الذخيرة قال : سئل شيخ الاسلام عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقدر مايصرف الى مستحقه قال ينظر الى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف يعملون فيه والى من يصرفونه فيبنى على ذلك لأن الظاهر أنهم كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف وهو المظنون بحال المسلمين فيعمل على ذلك . هذه عبارة الذخيرة قلت : وهذا أيضا ظاهر لاخفاء فيه وهو موافق للقواعد المذهبية ، والمراد بشيخ الاسلام والله اعلم خواهر زاده

المسألة السادسة والعشرون . اذا وقف وعليه ديون قصدا منه المماطلة.

ذكر في الذخيرة : رجل عليه ديون وله ضيعة تساوى عشرة آلاف درهم فوقفها وشرط غلاتها الى نفسه قصدا منه الى المماطلة وشهد الشهود على اقلاسه جاز الوقف وجازت الشهادة ، أما جواز الوقف فلمصادفته ملكه ، وجواز الوقف مع هذا الشرط قول أبي يوسف على مامر قبل هذا ، واما جواز الشهادة فلأنها صدق لأن الرقبة خرجت عن ملكه فان فضل شيء من قوته من هذه الغلات فللغرماء أن يأخذوا منه لأن الغلات بقيت على ملكه . قلت : قوله « وجواز هذا الوقف مع هذا الشرط قول أبي يوسف » معناه شرط جعل الغلة لنفسه لاقوله قصدا منه المماطلة لأنه لايختص بأبي يوسف بل لو وقف على جهة أخرى غير نفسه قصدا منه المماطلة صح عند الكل

المسألة السابعة والعشرون : المسجد اذا احتاج الى نفقة هل يجوز أن يؤجر منه بقدر ماينفق عليه أم لا ؟ وكذا اذا أراد قيم المسجد ان يبنى فى حده أو فى فنائه حوانيت للمسجد هل يجوز ام لا ؟

ذكر في الذخيرة قال : وفى وقعات الناطفى رجل جعل فرسا حبسا فى سبيل

---

(١) ذكر المؤلف المسألتين الثالثة والعشرين والرابعة والعشرين عن تقسيمه أثناء الكلام على المسألة السادسة عشرة بصفحتى ١٢٩ و ١٣٠ ولم يجعل لهما بحثا خاصا فيلاحظ

الله فليس لأحد أن يؤجره لأنه أعد لأمر آخر فإن احتاج الى أمر النفقة يؤجر بقدر نفقته . قال الناطفي هذه المسألة دليل على أن المسجد اذا احتاج الى النفقة يؤجر قطعة منه بقدر ماينفق عليه أيضا

وأما المسألة الثانية فذكرها في التجريد أيضا قال : قيم المسجد اذا أراد أن يبني حوانيت في حد المسجد أو في فنائه لايجوز . قلت فالناطفي رحمه الله ذكر مسألة المسجد على وجه التخريج على مسألة الفرس لأنه ظفر بالرواية فيها . ويظهر لي فرق بين المسجد وبين الفرس الحبيس في سبيل الله وهو ان الفرس اذا لم يؤجر لأجل النفقة يموت فيفوت التحبيس فيه أصلا ورأسا بخلاف المسجد اذا احتاج الى العمارة لأنه لايخلو : اما ان احتاج البعض أو المجموع فإن احتاج البعض وليس له مايعمر منه يجب أن يعمر من بيت المال ولأنه يمكن أن تقام الجماعة في الباقي بخلاف الفرس الحبيس في سبيل الله لأنه اذا لم يكن له ماينفق عليه يهلك فيؤدي الى فوات المقصود بالجملة والمسجد ليس كذلك لأنه يحصل اقامة المقصود في بقيته وان كان المجموع محتاجا الى العمارة وليس له ما ينفق عليه فهو أيضا ليس كالفرس لأنه يمكن اقامة القربة في العرصة فلا يؤدي الى فوات المقصود ولا كذلك الفرس لما ذكرنا ، فعلى كلا التقديرين ليس هو نظير مسألة الفرس فلا يقاس عليها . وأيضا فان المسجد اذا قيل بأنه يؤجر منه قطعة للعمارة يؤدي الى تغيير عين الموقوف باعتبار تغير الأحوال الى حال أقبح من الأولى فإن كان مسجدا تقام فيه الصلاة فاذا أوجر يتوقع بعرصيته أن يصير اصطبلا لدواب أولئك الناس وكان التغيير الى حالة أردى من الحالة الاولى والتصرف في الاوقاف انما يجوز باعتبار الأنظر لها لا بالاعتبار الأدنى بخلاف الفرس لأن الانتفاع به لايتغير الى أقبح من الاولى لأنه معد لركوب خفة وعادة وفوات وقت الاجارة عن الاحتباس في سبيل الله لأجل النفقة لاشناعة فيه ولانقص في حقه ولا كذلك المسجد والفرق الأول أوضح وأرجح والله أعلم

المسألة الثامنة والعشرون: اذا قبض متولى الوقف مال الوقف ومات مجهلا لم يبين ماذا صنع به :

اعلم أن هذه المسألة دوارة فى الكتب مع مسألتين وجعلوا الحكم فيها وفيهما حكما واحدا وهو عدم التضمين. لكن ذكر قاضيخان فى الفتاوى ما صورته : متولى المسجد اذا أخذ من غلات المسجد ومات من غير بيان لايكون ضامنا . قال وذكر الناطفى أن الامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا فى ثلاث مسائل : أحداها هذه . والثانيـة السلطان اذا خرج الى الغزو وغنموا وأودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه . والثالثة : القاضى اذا أخذ مال اليتيم واودعه عند غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه هذه عبارة قاضيخان . وذكر فى التجنيس والمزيد لصاحب الهداية قال : الأمانات تنقلب مضمونة بالموت من تجهيل الا فى ثلاث مسائل : احداها مسألة الوقف والثانية مسألة السلطان والثالثة : أحد المتفاوضين اذا مات ولم يبين حال المال الذى كان فى يده لم يضمن نصيب شريكه ، هذه عبارة التجنيس ، ولم يذكر مسألة القاضى اذا اودع مال اليتيم . وعلى مقتضى ما ذكره من الحصر أنه يضمن وقاضيخان لم يذكر مسألة المتفاوضين اذا مات أحدهما وعلى ماذكره من الحصر من النفى والاثبات يقتضى أنه يضمن ، فحصل اختلاف فى تضمين أحد المتفاوضين وفى تضمين مودع القاضى وهو مشكل والجمع بينهما صعب ، وقد ذكرناه فى كتابنا « الاختلافات الواقعة فى المصنفات » فمسألة الوقف توافقوا فيها فى عدم التضمين . لكن الذى أقوله أنه ينبغى أن يكون التفصيل فيها أنه ان حصل طلب المستحقين منه المال وأخر ثم مات مجهلا يضمن ، وان لم يحصل طلب منهم ومات مجهلا فينبغى أن يقال أيضا ان كان محمودا بين الناس معروفا بالديانة والأمانة أنه لاضمان عليه وان لم يكن كذلك ومضى زمن والمال فى يده ولم يفرقه ولم يمنعه من ذلك مانع شرعى انه يضمن والله أعلم .

المسألة التاسعة والعشرون : المحجور عليه لسفه أو دين اذا وقف هل يصح أم لا ؟

ذكر الخصاف في وقفه قال : قلت ماتقول في رجل حجر عليه القاضي لسفه أولدين عليه فوقف أرضا له هل يجوز وقفه ؟ قال لايجوز من قبل أن السفيه انما حجر عليه لئلا يبذر ماله ولايخرج شيئا من ملكه ، والذي عليه الدين انما حبس عليه القاضي ماله لئلا يخرج شيئا من ماله عن ملكه فلو جاز وقفه لأرضه لم يكن للحجر معنى. وفي فتاوى أبي الليث . سئل ابو بكر عن رجل محجور عليه وقف ضيعة له قال وقفه باطل الا أن يأذن له القاضي . وقال أبو القاسم لايجوز وان أذن له القاضي . قلت هذا الذي ذكره الخصاف حسن على قولها وهو ظاهر لاخفاء فيه ، وكذلك ماقاله أبو القاسم . فأما ما قاله أبو بكر ففيه نظر أعني من أنه يجوز اذا أذن له القاضي ، ثم اني وقفت في ربيع الآخر سنة ثلاث وخمسين وسبعمائة على كتاب وقف ابن المحسيق يشتمل على حصة من عماد المرج والمرج من جند دمشق وغيرها وتاريخه في سنة احدى وثمانين وستمائة وقد ثبت على يد قاضي القضاة حسام الدين الرازي الحنفي وثبت فيه الملك والحيازة وحكم فيه بصحة الوقف المذكور ولو كان الواقف محجورا عليه للسفه مع العلم بالخلاف ونفذه قاضي القضاة تقي الدين سليمان الحنبلي ونفذ تنفيذه التقي سليمان بن الحافظ شرف الدين ونفذ تنفيذه بن الحافظ قاضي القضاة شمس الدين بن مسلم الحنبلي وهو آخر نفذ وتاريخ تنفيذ ابن مسلم في سنة ست عشرة وسبعمائة وهذا الحكم غريب لم أقف على مثله لاحد من قضاة المذهب وهو مخالف لما نقلناه عن الخصاف وأبي الليث ووجهه أذكره ان شاء الله تعالى فأقول وبالله المستعان

الكلام على هذا الحكم يفتقر الى تحرير مسألة الحجر للسفه وهل الحجر من القاضي حكم يرفع الخلاف أم لا ؟ واذا تقررت هذه المسألة فالكلام حينئذ في حكم قاضي القضاة حسام الدين المذكور في موضعين : الأول في بيان جواز مافعله قاضي القضاة حسام الدين المذكور وأنه اخذ بقول الامام الأعظم امامنا أبي حنيفة رضي الله عنه فيما حكم به ؛ وان مانقلناه عن الخصاف وابي الليث ليس مذهب الامام بل هو مذهب الصاحبين وأنه في التحقيق حكم مركب من مذهبين. والثاني

في بيان عدم جواز التعرض اليه بنقض أو غيره على ما يأتي ان شاء الله تعالى

فالكلام على تقرير مسألة الحجر للسفه وأنه ليس بحكم رافع للخلاف : قال في الهداية . واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ألا ترى أنه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلابد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر أو الى غيره يقضي ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك . وقال في البدائع ولو حجر القاضي على السفيه لم ينفذ حجره عند أبي حنيفة حتى لو تصرف بعد الحجر ينفذ تصرفه عنده وان كان الحجر مبنيا على الاجتهاد ؛ لأن الحجر من القاضي قضاء منه وقضاء القاضي في المجتهدات انما ينفذ ويصير كالمتفق عليه اذا لم يكن نفس القضاء مجتهداً فيه فأما اذا كان فلا ؛ بخلاف سائر المجتهدات التي لا يرجع الاجتهاد فيها الى نفس القضاء . وقد ذكرنا الفرق في كتاب أدب القاضي اه . وفي الذخيرة مثله معنى . فاستفدنا من هذا ان الحجر من القاضي للسفه لا يكون حكما والقائل قائلان قائل بجواز الحجر على السفيه وينحجر به وهو الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقائل بأنه لا يحجر على السفيه وتصرفه نافذ ولو حجر عليه لا ينحجر وان كان سفيها وهو الامام الأعظم أبو حنيفة رحمه الله فتصرف قبل الحجر وبعده سواء وليس الحجر بحكم عنده بل هو فتوى والفتوى لا ترفع الخلاف في جميع المسائل الاجتهادية على ما عرف .

وأما الكلام على حكم قاضي القضاة حسام الدين المذكور وبيان مأخذه واستناده فوجهه انه أخذ بقول الامام في هذه القضية فانه تقرر لنا أن الحجر من القاضي ليس بحكم يرفع خلاف الامام فيه فتصرف وجود الحجر وعدمه سواء فصح حكمه وان كان الواقف محجوراً عليه لسفه . وما ذكره الخصاف وأبو الليث فهو مذهبهما لا مذهب أبي حنيفة لأن مذهبه في الحجر قد تقرر نقله ؛ فان قلت كيف يجوز الحكم بصحة هذا الوقف وأبو حنيفة لا يراه فصارت القضية حينئذ مركبة من مذهبين مذهب

أبي حنيفة ومذهب أبي يوسف فإن الوقف صحيح عند أبي يوسف والحكم بنفاذ تصرف المحجور غير صحيح وعند أبي حنيفة عكسه . قلت هذا أشكل في القضية ولكن رأيت في منية المفتي في مثل هذه الواقعة المركبة من مذهبين وقد نص فيها على الجواز . وصورة ما ذكره قال . لو قضى القاضي بشهادة الفساق على غائب أو شهادة رجل وامرأتين في النكاح على غائب فانه ينفذ وان كان من يجوز القضاء على الغائب يقول ليس للفاسق شهادة ولا للنساء في باب النكاح شهادة، فصارت المنية قد جعل الحكم وان كان مركبا من مذهبين جائزاً فكذا نقول في هذه المسألة لانه حكم بصحة الوقف وان كان محجوراً عليه للسفه ومن قال ان تصرف المحجور نافذ لا يقول بصحة الوقف ومن يقول ان الوقف يصح يقول ان تصرفه بعد الحجر غير نافذ فصارت هذه المسألة كمسألة المنية فاندفع الاشكال . وأما بيان انه لا يجوز التعرض اليه بنقض ولا غيره فلأنه حكم في موضع الاجتهاد غير مخالف للكتاب أو السنة أو اجماع الامة ، ولان نفس القضاء مختلف فيه وقد نفذ فلا يجوز نقضه ولا تغييره والله أعلم

وبسبب هذه المسألة والخوض فيها لاح لي من كلام صاحب الهداية فائدة طالت غير مرة من الكتب فلم توجد وبحث فيها الفضلاء واختلفوا فيها . وهي أن القاضي اذا اذن في بيع عقار اليتيم لوفاء الدين أو عند الحاجة أو في الشراء جهة وصية فباع المأذون له بهذا الاذن أو اشترى ثم رفع الابتياع الى هذا القاضي الآذن هل يجوز له أن يبيعه ويحكم به ولو كان انما يحصل باذنه وهل القضاة على هذا الى يومنا هذا أم لا يجوز لكونه مستفاداً ؟ رأيت في كلام صاحب الهداية ما يدل على الجواز ، وهو انه قال اذا حجر على السفيه ثم تصرف بعد الحجر ثم رفع تصرفه الى هذا القاضي الحاجر فانه يحكم ببطلان تصرفه وان كان انما حجر عليه باذن هذا القاضي خصوصا على قول أبي يوسف على ما عرف فصار حكمه ببطلان تصرفه كأنه حكم بتنفيذ حجره وتقريره وقد ثبت بها أنه يجوز ولا يمنع الحجر السابق منه فكذا هذه المسألة التي انما يحصل باذنه فلا يمتنع من الحكم به والله اعلم

المسألة الثلاثون : وتشتمل على عدة مسائل . الأولى عدم دخول أولاد البنات في لفظ الأولاد والنسل والعقب والذرية والآل والجنس والاهل وتحرير كلام الاصحاب فيها فنقول

ذكر في المحيط باب الرجل يقف على ولده أو ولد ولده أو نسله ويجعل آخره للفقراء ، قال وفيه فصول . فصل في الولد وفصل في ولد ولده وفصل في نسله .

فصل الولد في : مسائله على قسمين أحدهما اذا ذكر الولد مطلقا . والثاني اذا ذكر موصوفا . فالأول لو وقف على اولاده يدخل فيه أولاده لصلبه وأولاد ابنائه فأما أولاد البنات ففيه روايتان . ذكر هلال والخصاف عن محمد انهم يدخلون فيه وعلل . ثم قال وذكر محمد في السير الكبير استأمن الحربي على أولاده فأولاد بناته لا يدخلون في الأمان لأنهم ليسوا بأولاده . وهكذا ذكر على الرازى في مسائل جمعها في الحسابيات لان اسم الولد لاولاد البنات مجاز لان الولد حقيقة من ولده وحكما وعرفا من يكون منسوبا اليه بالولادة وذلك أولاد الابن دون أولاد الابنة قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن ابناء الرجال الأباعد

قلت والنبي عليه السلام انما سمى الحسن والحسين ولدا مجازا بدليل قوله تعالى « ما كان محمد أبا احد من رجالكم » او كان لأولاد فاطمة على الخصوص ، والاظهر أن ذلك بطريق المجاز . ثم بحث ثم قال : فصل اذا وقف أرضه على ولده وولد ولده فهو على ثلاثة أوجه : الاول لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى وولد ولدى يدخل فيه ولده لصلبه وولد ولده الموجودون يوم الوقف ومن حدث بعده واشترك البطنان في الغلة ولا يدخل فيه من كان أسفل من هذين البطنين لانه خص هذين البطنين بالذكر فلا يدخل فيه غيرهما ، ويدخل فيه اولاد البنات في رواية الخصاف وهلال لأن اسم الولد للولد ولده حقيقة فا ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة ، ولا يدخلون في ظاهر الرواية وعليه الفتوى لأن اولاد البنات ليسوا بأولاد اولاده مطلقا لانهم منسوبون الى الأب لا الى الام . ثم بحث ثم قال :

فصل في النسل مسائله على أوجه « الاول » لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على

سلي يدخل فيه من كان من ولده ونسله سواء خلق يوم الوقف أو خلق بعده لأن النسل اسم عام يقع على البطون كلها وان كان في نسله أولاد البنات ، ذكر هلال أنهم لا يدخلون في الوقف ، وعن محمد روايتان فيمن أوصى بثلث ماله لذرية فلان أو استأمن الحربي على ذراريه فأمنوهم في رواية لا يدخل اولاد البنات في الوصية والأمان لأن أولاد البنات من ذرية آبائهم لا من ذرية قوم الام ألا يرى الى أن أولاد الخلفاء من ذرية آبائهم كما قال المأمون

وانما امهات الناس أوعية مستودعات وللانسان آباء

وفي رواية يدخل فيه لأن الذرية اسم للفرع المتولد من الأصل الا يرى أن الناس كلهم ذرية آدم ونوح والأب والأم اصلان للولد ثم الأم من ذرية امها فما يتولد منها يكون من ذريته ايضا، ومعنى الاصلية والتولد في جانب الام راجح لأن ماء الفحل يكون مستهلكا في رحمها فانما يكون الولد متولدا منها بواسطة امساك ماء الفحل في رحمها فلما جعل النافلة من ذرية أبي أبيه فكذلك يجعل من ذرية أبي امه ولما ثبت ذلك في الذرية ثبت في النسل لانهما سواء انتهى كلامه . وذكر في الذخيرة قال : نوع آخر واذا وقف على اولاده يدخل في الوقف بنو البنين وهل يدخل فيه بنو البنات فيه روايتان وكذلك اذا وقف على ذريته يدخل فيهم بنو البنين وهل يدخل فيه بنو البنات فيه روايتان ، وأصل هذا ما ذكر محمد في السير الكبير في باب من ابواب الأمان : اذا قال أهل الحرب للمسلمين امنونا على ذرارينا فأمنوهم على ذلك فهم آمنون ، وذراريهم اولادهم واولاد أولادهم من الرجال كأولاد البنين وأن سفلوا دون أولاد البنات وكذلك اذا قالوا أمنونا على أولادنا فهم آمنون على انفسهم وعلى أولادهم لاصلابهم وعلى أولاد أولادهم من قبل الرجال بني البنين دون بني البنات ، وكذلك لو قالوا أمنونا على بنينا فهم آمنون على بنيهم لاصلابهم وبني بنيهم دون بني بناتهم ، وذكر في باب آخر من أبواب الأمان ان بني البنات يدخلون في الأمان فيصير في المسألة روايتان وكان الشيخ الجليل الامام أبو بكر محمد بن الفضل يميل الى أن ولد البنت لا يدخل تحت الأمان ،

وذكر فى السير أيضاً اذا قال واحد من أهل الحصن أمنونى على بناتى وله بنت ابن وبنات بنت دخل فى الأمان بنات الابن ولا يدخل فيه بنات البنت ، قيل هذا على الرواية التى فيها ان ابن البنت لا يدخل تحت الامان وقوله أمنونى على بنى ، أما على الرواية التى قال ثمة ان ابن البنت يدخل فبنت البنت تدخل أيضاً هنا ، وقيل بنت البنت لا تدخل تحت الامان رواية واحدة بخلاف ابن البنت على احدى الروايتين . والفرق ان قضية القياس ان ابن البنت وبنت البنت لا يدخلون تحت الأمان لانهما ابن ابن المستأمن وبنت ابن المستأمن لا ابن المستأمن وابنته لكن تركنا القياس فى ابن البنت باستعمال الشرع وهو قوله تعالى « ووهبنا له اسحق ويعقوب كلا هدينا ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزى المحسنين وزكريا ويحيى وعيسى والياس » جعل عيسى من ذرية ابرهيم وعيسى لابرهيم كان ولد البنت . وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمى الحسن والحسين ابنيه ، ومثل هذا الاستعمال لا يوجد فى بنت البنت فبرد بنت البنت الى ما يقتضيه القياس والجواب فى الوقف يجب أن يكون كذلك . قال فى السير عقيب هذه المسألة الا اذا سمى شيئاً يعرف به انه أراد به بنات البنات كما اذا قال المستأمن لى بنات وقد تزوجت امهاتهن فامنونى فى بناتى أو قال على بناتى فحينئذ دخل فيه بنات البنات لان دلالة الحال دلت على ارادة بنات البنات ولدلالة الحال من السلطان ما للصريح فصار كأنه قال أمنونى على بنات بناتى وهناك يدخل فى الامان بنات البنات ، كذا هنا ويجب أن يكون الجواب فى الوقف هكذا . وذكر فى السير أيضا : اذا قال امنونى على اولاد أولادى دخل فى الامان بنو البنات . قال القاضى ركن الاسلام على السغدى والشيخ الامام شيخ الاسلام هذه المسألة على الروايتين أيضا وذكر الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسى ان فى هذه الصورة أولاد البنات يدخلون رواية واحدة وانما الروايتان فيما اذا قال امنونى على اولادى وهذا لأن المذكور ههنا ولد الولد وولد الولد حقيقة اسم لمن ولده ولده وابنته ولده

فى ولد ابنه يكون ولد ولده حقيقة ، فاما اذا ذكر اولاده فأولاده حقيقة من ولده وهو من حيث الحكم من يكون منسوبا اليه بالولادة وذلك اولاد البنين دون اولاد البنات والجواب فى الوقف على قول شمس الأئمة يكون هكذا: اذا وقف على أولاد اولاد فلان دخل تحت الوقف اولاد البنات رواية واحدة انتهى كلامه

وذكر الخصاف فى وقفه قال « باب الرجل يجعل أرضه موقوفة على ولده وولد ولده ونسله » قلت : أرأيت رجلا جعل ارضا له صدقة موقوفة لله أبدا فى صحته على ولده وولد ولده وأولاد اولادهم ونسلهم أبدا ماتناسلوا ثم من بعدهم على المساكين قال الوقف جائز ويشترك ولده وولد ولده ماتناسلوا ابدا فى غلة هذه الصدقة كل ولد كان له يوم وقف هذا الوقف وكل ولد حادث له بعد الوقف وولد الولد ابدا ماتناسلوا فيكونون فيه سواء ثم بعث ثم قال: قلت فهل يدخل فى ذلك ولد البنات ؟ قال قد روى عن اصحابنا فى رجل أوصى لولد فلان رجل سماه بثلث ماله قالوا ان كان له ولد لصلبه ذكور واناث كان الثلث بينهم جميعا على عددهم ، وان لم يكن له الا ولد واحد ذكر أو انثى كان الثلث كله له ، فان لم يكن له ولد لصلبه وكان له ولد ولد من اولاده الذكور وأولاده الاناث كان الثلث لولد الذكور دون ولد الاناث ، فقال من أجاز الوقف منهم ان سبيل الوقف فى هذا مثل سبيل الوصية فقال لا يدخل ولد البنات فى الوقف . وقال محمد يدخل ولد البنات فى الوقف واحتج فى ذلك فى كتاب حججه على مالك وهذا عندنا احسن . ثم قال بعد ذلك بأوراق « باب الرجل يجعل أرضه صدقة على نسل رجل أو على ذريته أو على عقبه » قلت أرأيت رجلا قال أرضى هذه صدقة موقوفة لله ابدا على نسل فلان بن فلان ابدا ماتناسلوا ثم من بعدهم على المساكين قال الوقف جائز قلت : ومن نسل فلان؟ قال ولده وولد ولده ابدا ماتناسلوا قلت : وولد البنين وولد البنات فى ذلك سواء قال نعم . ثم بعث ثم قال قلت : فان كان الواقف قد قال أرضى هذه صدقة موقوفة لله أبدا على ذريته ابدا ماتناسلوا ثم من بعدهم على المساكين قال هذا جائز ويكون لذريته ما بقى منهم احد فاذا انقرضوا كانت الغلة للمساكين . قلت :

ومن ذرية زيد؟ قال الذرية والنسل سواء والحكم فيهما واحد. ثم بحث ثم قال قلت: فان قال على ولدي وولد ولدي الذكور قال كانت الغلة للذكور منهم دون الاناث قلت: فالذكور من ولد البنين والبنات في ذلك سواء؟ قال نعم. ألا ترى أنه لو قال على ولدي وولد ولدي الاناث كانت الغلة للاناث دون الذكور من ولد البنين والبنات.

ثم بحث ثم قال «باب الوقف على العقب» قلت أرأيت: اذا قال أرضي هذه صدقة موقوفة على عقب زيد ثم من بعدهم على المساكين قال الوقف جائز والغلة لعقب زيد ابدا ما توالدوا قلت: ومن عقب زيد؟ قال ولده وولد ولده ما توالدوا من أولاد الذكور دون أولاد الاناث الا ان يكون ازواج الاناث من ولد ولد زيد فكل من يرجع بنسبه بآبائه الى زيد فهو من عقب زيد وكل من كان ابوه من غير ولد زيد فليس من عقب زيد الا يرى أن رجلا من ولد عمرو لو تزوج امرأة من ولد ولد زيد لم يستقم ان يكون ولد هذه المرأة من عقب زيد وانما هو من عقب عمرو لأن أباه من ولد عمرو وانما العقب من ولد الذكور دون أولاد الأناث، وكل من لا يرجع نسبه بآبائه الى زيد فليس من عقب زيد. ثم بحث ثم قال قلت: أرأيت رجلا قال أرضي هذه صدقة موقوفة على عقب زيد ابدا ما تناسلوا ومن بعدهم على المساكين هل يجوز هذا الوقف؟ قال نعم الوقف جائز قلت: فان كان لزيد ولد لصلبه ذكور واناث وله ولد ولد من أولاد الذكور وأولاد الاناث لمن يكون هذا الوقف؟ قال لولد زيد لصلبه من الذكور والاناث وأولاد الذكور من ولده ذكورهم واناثهم في ذلك سواء ولا يكون لولد البنات من غلة هذا الوقف شيء قلت: فلم قلت انولده لصلبه من الذكور والاناث هم عقبه ولا يكون ولد البنات من عقبه؟ قال من قبل أن العقب انما هم من كان يرجع بنسبه الى ولد زيد فابنة زيد من صلبه هي ممن ترجع بنسبها الى زيد فهي من عقب زيد وأما ولد الابنة فانهم انما يرجعون بأنسابهم الى من ينسبون بآبائهم اليه. ألا ترى أن ابنة ابن زيد من عقب زيد فكذلك ابنة زيد لاتكون أسوأ حالا من بنت أخيها وهي ابنة زيد لصلبه

وقال أيضاً « باب الرجل يقف الشيء على أهل بيته أو على جنسه أو على قرابته أو على رحامه أو أنسابه » قلت أرأيت رجلا جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبداً على أهل بيته فاذا انقرضوا فهي وقف على المساكين قال فالوقف جائز ويكون ذلك وقفاً على الغني والفقير من أهل بيته قلت: ومن أهل بيته؟ قال كل من يناسبه بآبائه الى أقصى أب له في الاسلام، ومعنى أقصى أب في الاسلام أبوه الذي أدركه الاسلام وان كان لم يسلم، وكل من يناسبه الى هذا الأب من الرجال والنساء والصبيان فهو من أهل بيته ويدخل في الوقف: قلت فهل يدخل هذا الأب الذي أدرك الاسلام في الوقف؟ قال لا يدخل: قلت فهل يدخل أبو الواقف وولد الواقف لصلبه وولد ولده وان سفلوا في ذلك قال نعم يدخل ولد الذكور من ولده في هذا الوقف وأما أولاد الاناث من ولده فانهم لا يدخلون في الوقف اذا كان آباؤهم من قوم آخرين، وان كان آباؤهم ممن يناسبه الى جده الذي أدرك الاسلام فهم من أهل بيته قلت: فما تقول في الواقف نفسه هل يدخل في هذا الوقف؟ قال لا قلت: ولا يدخل أولاد عماته وأولاد أخواته في هذا الوقف اذا كان آباؤهم من قوم آخرين قال لا

قلت: ما تقول ان قال قد جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة على جنسي ومن بعدهم على المساكين أو قال على آلي. قال الجنس والآل بمنزلة أهل البيت والحكم فيهم واحد. ثم بحث ثم قال قلت أرأيت رجلا لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله أبداً على آل العباس بن عبد المطلب قال هو سواء والغلة جارية لكل من ينسب بآبائه من ذكر وأنثى الى العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه.

وذكر هلال في وقفه في « باب الرجل يقف على ولده وولد ولده كيف يقسم الغلة » قلت. أرأيت اذا قال على ولدي وولد ولدي فولد البنين والبنات سواء قال نعم. ثم ذكر فيه باب الرجل يقف أرضاً له على ولده وليس له ولد » قال قلت أرأيت ان قال على ولدي وولد ولدي الذكور قال فهي لمن كان ذكراً من ولده وولد ولده: قلت والولد الذكور من ولد البنين والبنات سواء قال نعم ألا ترى أنه لو قال صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي الفقراء أني أعطي من كان فقيراً من ولد البنين والبنات

فكذلك قوله الذكور ، وقوله الذكور والفقراء واحد . ثم بحث ثم قال : لو قال أرضى صدقة موقوفة على ذكور ولدى وذكور ولد ولدى قال هي للذكور من ولده لصلبه وللذكور من ولد ولده ويكون الذكور من ولد البنين والبنات فى ذلك سواء . ثم بحث ثم قال : قلت أرأيت لو قال أرضى صدقة موقوفة على الذكور من ولدى وعلى ولد الذكور من نسلى قال فهى للذكور من ولده لصلبه وعلى أولادهم من البنين والبنات وعلى ولد كل ذكر من نسله سواء كان من ولد الذكور أو ولد الاناث . ثم بحث ثم قال قلت أرأيت لو قال صدقة موقوفة على نسلى فانقرضوا جميعا الا ولد بنت أتعطيه الغلة قال نعم قلت : وكذلك على نسل فلان قال نعم . ثم بحث ثم قال فى باب الرجل يقف الأرض على آل فلان أو جنس فلان من آل فلان وجنسه ، قال قلت أرأيت رجلا قال أرضى صدقة موقوفة لله أبدا على آل العباس بن عبد المطلب قال الوقف جائز ويكون الوقف لآل العباس بن عبد المطلب قلت : ومن آل العباس ؟ قال كل من كان ينسب بآبائه الذكور من الذكور والاناث الى العباس فهو من آل العباس قلت : أرأيت لو كان حيا كان يدخل فى الوقف قال لا قلت أرأيت من كان أبوه من سائر بنى هاشم وأمه من آل العباس أيدخل فى هذا الوقف . قال لا يدخل الا من ينسب بآبائه الذكور الى العباس قلت أرأيت من قربت ولادته من بنى العباس ومن بعدت ولادته سواء ؟ قال نعم بعد ان يكون ينسب بآبائه الذكور الى العباس قلت : وكذلك كل آل ينتسب على بن أبى طالب بن عبد المطلب فهو على ما وصفت لك قال نعم قلت . أرأيت لو قال صدقة موقوفة على جنسى ، من الجنس ومن الذين يعطون ؟ قال الجنس كل من كان ينسب بآبائه الذكور الى الرجل الواقف الى ثلاثة آباء على ما وصفت لك من الذكور والاناث فهو من الجنس قلت : أرأيت الأخوال أتكون من الجنس قال لا قلت أرأيت ابن اخته أيكون من الجنس ؟ قال لا يكون من جنسه اذا كان أبوه من قوم آخرين قلت وكذلك ابن ابنه قال نعم قلت . أرأيت اذا قال أرضى صدقة موقوفة على اهل بيتى من أهل بيته ؟ قال الذين ينسبون بآبائهم الذكور الى الجد الثالث قلت

أرأيت الواقف أيدخل في الوقف قال نعم . قلت : وكذلك ولده لصلبه قال نعم قلت
أرأيت امرأة قالت أرضي صدقة موقوفة على أهل بيتي أيدخل ولدها في الوقف ؟
قال لا يدخلون اذا كان أبوهم من قوم آخرين . قلت : وكذلك لو قالت لجنسي
قال نعم . قلت : أرأيت اذا قال أرضي صدقة موقوفة على أهل عبد الله قال أما
على قول أبي حنيفة فهو على الزوجة خاصة دون ماسواها ، ولكنا نستحسن فنجعل
الوقف على جميع من يعوله ممن يجمعه منزله ومن داره من الاحرار ولا يدخل في ذلك
مماليكه ولا يدخل في ذلك وارثه المولى ولا يدخل عبد الله الموقوف على أهله
الارض في شيء من ذلك . انتهى كلام هلال . وفيه مخالفة لما ذكره الخصاف من
أن الواقف نفسه لا يدخل وقد نبهنا عليها في كتابنا « الاختلافات الواقعة في المصنفات »
. وذكر في وقف ابن مازة في « باب الرجل يقف أرضه على ولده وولد ولده وولد ولده
ويشترط آخره للفقراء » قال : وأما الوجه الثالث وهو أن يقول الرجل : أرضي هذه
صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي وأولادهم وجه القياس أنه اذا لم يذكر الوجه
الرابع فلا يدخل ، ألا ترى أن في الوجه الثاني لما ذكر البطنين ولم يذكر البطن
الثالث لم يدخل البطن الثالث فكذا هذا وجه الاستحسان أنه لما قال أولادهم
فقد ذكر أولادهم على العموم فينصرف ذلك على البطون كلها ويدخل فيه أولاد البنات
لأنه قال أولادهم وأولاد البنات من أولادهم وقال في « باب الرجل يقف أرضه
على ولده ونسله ويشترط آخره للفقراء » قال : أما الوجه الأول أن يقول الرجل
أرضي هذه صدقة موقوفة على نسلي فانه يدخل فيه هؤلاء الذين ذكرناهم لان النسل
اسم عام يقع على البطون كلها ، فان كان في نسله أولاد البنات . ذكر هلال بن يحيى
في وقفه أنهم لا يدخلون وروي عن محمد بن الحسن روايتان فيمن أوصى بثلث
ماله لذرية فلان ، قال في رواية يدخل أولاد البنات وقال في رواية لا يدخلون ،
فان ثبت ذلك في الذرية ثبت في النسل لانهما سواء . وذكر في خزانة الأكمل قال
عن محمد فيمن قال هذه صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي ونسلهم ، وأولاد البنات
يدخلون في هذا الوقف أسوة الذكور . وفي مسائل علي الرازي اذا وقف وقفا على

ولده وولد ولده فهو لولد الواقف الذكور والاناث فان انقرضوا فلمن كان من ولد ابن الواقف دون ولد الابنة للواقف . فأما ان قال لولدي وأولادهم كان ذلك لولد الابن وولد الابنة كلهم فيه سواء . وعن محمد بن شجاع في قوله وولد ولده ما تناسلوا مصروف الى ولده وولده الذكور دون الاناث فالنسل من الذكور دون الاناث . ولو قال وقفت على نسلي ولم يبق الا ولد الابنة فعليه الوقف . ولو قال أرضي هذه صدقة لله أبدا على آل العباس بن عبد المطلب ، فالآل كل من ينسب بآبائه من الذكور والاناث الى العباس ولا يدخل فيه العباس وأبوه وامه لو كانوا في الاحياء ، قال ومن بعدت ولادته وقربت سواء . وكذا على اهل بيت العباس من ينسب بآبائه الذكور الى الجد الثالث . ولو قال على اهل بيتي يدخل فيه ابو الواقف ووالده من الصلب . وفي كتاب الوصايا منها : لو أوصى بثلث ماله لجنسه او لاهل بيته فالوصية لمن يتصل به من قبل آبائه الى اقصى أب له في الاسلام من اولاده الذكور منهم . وكذا مثل اهل بيت علي واهل بيت العباس لا ينسب اليوم اولاد البنات ولا اولاد الأخوات ويدخل فيه ولد الموصي ووالده . والوصية لآل فلان كالوصية لاهل بيته . ولو أوصى لقرابته لا يدخل فيها ولد الابنة . والعقب اولاد الذكور دون البنات ، وعند بعض الناس ولد البنات من العقب — وذكر في فتاوى قاضيخان قال « فصل في الوقف على الاولاد والقرابة والجيران » : رجل قال أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي كانت الغلة لولد صلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا أن يقول على الذكور من ولدي فلا يدخل فيه الاناث . واذا جاز هذا الوقف فما دام يوجد واحد من ولد الصلب كانت الغلة له لا لغيره فان لم يبق واحد من البطن الاول تصرف الغلة الى الفقراء ولا يصرف الى ولد الولد شيء ، وان لم يكن له وقت الوقف ولد لصلبه وله ولد الابن كانت الغلة لولد الابن لا يشاركه من دونه من البطون ويكون ولد الابن عند عدم ولد الصلب بمنزلة ولد الصلب ولا يدخل فيه ولد البنت في ظاهر الرواية وبه اخذ هلال ، وذكر الخصاف عن محمد أنه يدخل فيه أولاد البنات أيضا ، والصحيح ظاهر الرواية لأن اولاد البنات ينسبون الى آبائهم لا الى

أنها منهم بخلاف ولد الابن . وذكر في السير الكبير ما يوافق ظاهر الرواية ، ولو قال أوصى هذه صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي ولم يزد على هذا يدخل فيه ولده لصلبه وأولاد بنيه يشتركون في غلته ولا يقدم ولد الصلب على ولد الابن لأنه سوى بينهما في الذكر وهل يدخل في ذلك ولد البنت ؟ قال هلال يدخل . وكذا لو قال أوصى هذه صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي قال هلال يدخل فيه الذكور من ولد البنين والبنات . وقال علي الرازي إذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه الذكور من ولده فإذا انقرضوا فهو لمن كان من ولد ابن الواقف دون ولد ابنة الواقف . ولو قال أولادي وأولادهم كان ذلك لكلهم يدخل فيه ولد الابن وولد البنت . والصحيح ما قال هلال ، لأن اسم ولد الولد كما يتناول أولاد البنين يتناول أولاد البنات ، فإنه ذكر في السير إذا قال أهل الحرب أمنونا على أولادنا وأولاد أولادنا يدخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، قال شمس الأئمة السرخسي لأن ولد الولد اسم لمن ولده ولدك وابنتك ولدك فمن ولدته ابنتك يكون ولد ولدك حقيقة ، بخلاف ما إذا قال على أولادي فإنه ثمة ولد البنت لا يدخل في الوقف في ظاهر الرواية لأن اسم الولد يتناول ولده لصلبه وإنما يتناول ولد الابن لأنه ينسب إليه عرفاً . وعن محمد أن ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا ، ذكر هلال في الوقف إذا قال وقفت على ولدي وولد ولدي الذكور فالذكور من ولد البنين والبنات سواء يدخلون في الوقف . ثم بحث ثم قال : رجل وقف ضيعة له على ابن له وأولاده وأولاد أولاده أبداً ما تناسلوا وله أولاد أولاد قسم بينهم بالسوية لا يفضل الذكور على الإناث لأنه أوجب الحق لهم على السواء ، وأولاد البنات هل يدخلون ؟ ذكر هنا أنهم يدخلون وهي رواية الخصاف . أما في ظاهر الرواية لا يدخلون وكذا لو كان مكان الوقف وصية ، والفتوى على ظاهر الرواية لأن أولاد البنات ليسوا أولاد أولاده لأنهم منسوبون إلى الأب لا إلى الأم . وذكر في فتاوى الحسام الشهيد الصمري قال : ولو قال على ولدي وليس له ولد لصلبه وإنما له ولد الولد دخل فيه ولد الابن بلا خلاف وهل يدخل فيه ولد البنت ؟ ذكر هلال أنه لا يدخل ،

وهكذا ذكر محمد فى السير الكبير . وفى شروط الخصاف ولد البنت يدخل فى الوقف . فصار فى المسألة روايتان . وفى كتاب الحجج على أهل المدينة لمحمد رحمه الله فى قوله ولد الولد أنه يدخل فيه ولد الابنة عند أصحابنا . وفى مسائل على الرازى : اذا وقف على أولاده وأولادهم دخل فيه ولد الابن وولد الابنة . وفى السير الكبير : اذا قال أولاد أولادهم دخل فيه أولاد الابنة وهذا لأن ولد الولد حقيقة اسم من ولده ولده وابنته ولده فمن ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة بخلاف ما لو أسأمونا على أولاده ؛ لأن أولاد الرجل فى الحقيقة من ولدهم هو ومن حيث الحكم من يكون منسوبا اليه بالولادة وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات. واذا وقف على نسله دخل فيه ولد الابن وهل يدخل فيه ولد الابنة ؟ ذكر هلال أن فيه روايتين عن أصحابنا . وذكر فى واقعات الحسام الشهيد : رجل وقف ضيعة على أولاده وأولاد أولاده أبدا ما تناسلوا وله أولاد وأولاد أولاد قسم بينهم بالسوية لا يفضل الذكور على الأناث لأنه أوجب الحق لهم على السواء وأولاد البنات هل يدخلون ؟ ذكر هنا أنهم يدخلون فى رواية الخصاف ، أما فى ظاهر الرواية لا يدخلون وكذلك لو كان مكان الوقف وصية ، والفتوى على ظاهر الرواية لأن أولاد البنات ليسوا بأولاد أولاده لأنهم منسوبون الى الاب لا الى الأم . وذكر فى منية المفتى قال : وقف على أولاده وأولاد أولاده وأولاد أولاد أولاده لا يفضل الذكور على الاناث ولا يدخل أولاد البنات فيه وبه يفتى . وذكر فى فتاوى الولوالجى : رجل وقف ضيعة على أولاده وأولاد أولاده أبدا ما تناسلوا وله أولاد وأولاد أولاد قسم بينهم بالسوية لا يفضل الذكر على الانثى لانه أوجب الحق لهم على السواء وأولاد البنات هل يدخلون فى ذلك ؟ ذكر الخصاف انهم يدخلون ، وذكر فى ظاهر الرواية انهم لا يدخلون ، وكذا لو كان مكان الوقف وصية . والفتوى على ظاهر الرواية لأن اولاد البنات ليسوا بأولاد أولاده لأنهم ينسبون الى الاب لا الى الام . وذكر فى التجنيس والمزيد لصاحب الهداية فى باب الوقف على الأولاد قال : رجل وقف ضيعة على أولاده وأولاد أولاده أبدا ما تناسلوا وله أولاد وأولاد أولاد قسم بينهم بالسوية لا يفضل

الذكور على الاناث لانه لوجب الحق لهم على السواء فأولاد البنات هل يدخلون ؟ ذكر أنهم يدخلون وهذه رواية الخصاف أما في ظاهر الرواية لا يدخلون وكذا لو كان مكان الوقف وصية . والفتوى على ظاهر الرواية ، لأن أولاد البنات ليسوا بأولاد أولاده لأنهم منسوبون الى الأب لا الى الأم . وذكر في الروضة للناطفي قال: من جعلها وقفا على ولده وولد ولده وولد ولده فهي لولد الواقف الذكور والاناث داخلون فيه ولا يدخل فيه ولد الولد مع ولد الصلب فيكون لولد ابن الواقف دون ولد ابنة الواقف . ولو قال لولدي واولادهم كان ذلك لولد الابن ولولد الابنة كلهم داخلون في ذلك لانه مضاف هنا الى الاولاد وفي الاول مضاف الى نفسه ، ذكره علي الرازي ، قال رأيت في حجج محمد بن الحسن أن ولد الابنة يدخل في وقف في قوله ولد الولد وقال بعد ذلك بورقتين ، فان جعل الارض صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي أبدا ما تناسلوا بعد موتي في مرض موته فالغلة لولد الصلب ولولد ولده على عدد رؤسهم فما أصاب ولد الصلب فهو بينهم وبين سائر الورثة من الواقف وزوجته على فرائض الله تعالى ، وما أصاب ولد الولد والنسل فهو لهم بالسوية . والنسل لا يكون الا من ولد الابن دون ولد الابنة . وذكر في كتاب الوصايا من شرح الزيادات لقاضيخان قال : الفصل الثاني اذا أوصى لاهل بيته أو جنسه أولاده فهو وصية لبني ابيه الذين ينسبون اليه الى أقصى أب له في الاسلام يدخل فيه المحرم وغيره والمولود والوالد اذا لم يرثه . ولا يدخل فيه الأب الأكبر الذي ينسب اليه ، ويستوي فيه المسلم والكافر والأنثى والذكر . أما أهل البيت فلأنه لا يراد به بيت السكنى ، وانما يراد به بيت النسبة . وكل من يجمعه وإياه من اهل بيت النسب يدخل فيه ، ولا يدخل فيه اقصى أب في الاسلام لما قلنا في الفصل الاول ؛ ولا يدخل الأب الأكبر الذي ينسب اليه البيت لانه أوصى لاهل بيته لا لصاحب البيت . والجنس والآل واهل البيت سواء ، يقال آل العباس واهل العباس . ولا يدخل فيه قوم الام لأن الانسان يعد من جنس قوم الاب لا من جنس قوم الام ، ألا يرى أن ابرهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قرشيا ولم يكن

قطعا : والآل اسم لمن يرجع هو اليه بالنسب ، والنسبة تكون بالآباء لا بالأمهات ولا يدخل في هذه الوصايا أولاد البنات لانهم ينسبون الى آبائهم لا الى امهاتهم . وكذا لو أوصت امرأة لأهل بيتها أو لآلها أو لجنسها فالوصية تكون لمن ينسب الى أبيها الى أقصى اب في الاسلام ولا يدخل ولدها ولا لها : أما الولد فلأنه ينسب الى ابيه ، حتى لو كان زوجها ابن عمها يدخل اولادها . واما الام فلانها تنسب الى قوم أبيها لا الى قوم الوصية اه وذكر في تتمة الفتاوى : ألا يرى أن من جعل أرضه صدقة موقوفة على ولده وليس له ولد صرفت الغلة للفقراء ، فان حدث له بعد ذلك ولد صرفت له الغلة المستقبلة وكذا هنا . ولو كان الوقف باسم الولد دخل فيه البنون والبنات لأن الولد اسم مشتق من الولادة وهذا المعنى يوجد فيهما ، ولو قال على ولده وليس له ولد لصلبه واعطاه ولد الولد دخل فيه ولد الابن وكذا الابن بلا خلاف ، وهل يدخل فيه ولد البنت ؟ ذكر هلال أنه لا يدخل ، وهكذا ذكر محمد في السير الكبير ، وفي شروط الخصاف أن ولد البنت يدخل في الوقف ، فصار في المسألة روايتان . وفي كتاب الحجج على أهل المدينة لمحمد في قوله ولد الولد يدخل فيه ولد الابنة عند أصحابنا . وفي مسائل الرازي التي جمعها في الحسابيات : اذا وقف على اولاده وأولادهم وأولاد أولادهم دخل فيه ولد الابنة ، وهذا لأن ولد الولد حقيقة اسم لمن ولده ولده ، وابنته ولده فمن ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة ، بخلاف ما لو استأمنوا على أولادهم لأن أولاد الرجل في الحقيقة من ولدهم هو ومن حيث الحكم من يكون منسوبا اليه بالولادة وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات . واذا وقف على نسله دخل فيه ولد الابن وهل يدخل فيه ولد الابنة ؟ ذكر هلال أن فيه روايتين عن أصحابنا . ولو اوقف على ولده ونسله وله أولاد الصلب وأولاد الأولاد دخل فيه أولاد الصلب وأولاد الاولاد وان بعدوا ، فأولاد الصلب يدخلون تحت اسم الولد وتحت النسل وأولاد الأولاد يدخلون تحت النسل . وذكر في التجريد للكرماني في كتاب الوصايا منه : وعن محمد رحمه الله فيمن أوصى لعقب فلان فهلك الموصي والموصى لعقبه حي فالوصية

لعقبه باطلة . ولو مات قبل موت الموصى فالوصية جائزة . وعقب الرجل ولده من الذكور والاناث وان لم يكن له ولد فولد ولده الذكور دون الاناث . وذكر فى البدائع للكاسانى فى كتاب الوصايا : ولو أوصى لأهل بيته يدخل فيه من جمعه واياهم أقصى أب فى الاسلام حتى ان الوصى لو كان علويا يدخل تحت هذه الوصية كل من ينسب الى على من قبل الأب وان كان عباسيا يدخل فيه كل من ينسب الى العباس من قبل الأب سواء كان نفسه ذكرا أو انثى بعد أن كانت نسبته اليه من قبل الآباء ولا يدخل من كانت نسبته اليه من قبل الأم لأن المراد من أهل البيت أهل بيت النسب والنسب الى الآباء وأولاد النساء آباؤهم قوم آخرون فلا يكونون من أهل بيته . ويدخل تحت الوصية لأهل بيته أبوه وجده اذا كان ممن لا يرث . وكذلك لو أوصى لنسبه أو جنسه فهو على قرابته الذين ينسبون الى أقصى أب له فى الاسلام حتى لو كان آباؤه على غير دينه دخلوا فى الوصية . وكذا الجنس فان الهاشمى اذا تزوج أمة فولدت منه ينسب الولد اليه لا الى أمه . وجنسه أهل بيت أبيه لا أمه . فثبت أن النسب والجنس يختص بالأب دون الأم . وكذا الوصية لآل فلان هو بمنزلة الوصية لأهل بيت فلان فلا يدخل أحد من قرابة الأم فى هذه الوصية . وذكر فى شرح مختصر الكرخى للقدورى فى كتاب الوصايا منه : قال ابن سماعة عن محمد فى رجل أوصى لفلان ولعقب فلان رجل آخر ان مات الموصى والموصى لعقبه حى فالوصية لعقبه باطلة والثلث لفلان الذى أوصى له لأن العقب فى قول محمد انما يكون بعد الموت وان مات الموصى لعقبه قبل موت الموصى فالوصية جائزة ويكون الثلث لفلان ولعقب فلان على عدد الرءوس ، وعقب فلان ولده من الذكور والاناث فان لم يكن له ولد فولد ولده الذكور والاناث غير ولد الاناث لأن ولده وبنيه من الذكور والاناث عقب له فاما ولد بناته فليسوا من عقبه . ثم بحث ثم قال : وانما لم يدخل ولد البنات فى ذلك لانهم لآبائهم فسوى بين الذكور والاناث . وذكر فى التحرير شرح الجامع الكبير للحصيرى فى كتاب الوصايا منه قال : ولو أوصى بثلثه لولد فلان وله بنون وبنات كان الثلث بينهم بالسوية

لأن لفظ الولد اسم جنس للمولود ذكرا كان أو أنثى واحدا كان أو أكثر . ولو كانت له امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية لأنه دخل تحت اسم الولد في الميراث فكذا في الوصية. فإن كانت له بنات و بنو ابن فالوصية لبناته دون بني ابنه لأن لفظ الولد يتناول الابنة حقيقة وأولاد الابن مجازا فما أمكن صرفه الى الحقيقة لا يصرف الى المجاز وان لم يكن له ولد لصلبه فالوصية لولد الابن يستوى فيه ذكورهم واناثهم لانه تعذر الصرف الى الحقيقة فيصرف الى المجاز تصحيحا للكلام ولا يدخل أولاد البنات لأنهم من قوم آخرين وليسوا من اولاده لأن النسب الى الآباء دل عليه قوله تعالى «ما كان محمد أبا أحد من رجالكم» فلو كان أولاد البنات ينسبون الى جدهم لكان رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا الحسن والحسين. وذكر في الخصاف عن محمد أن ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين · وذكر في السير الكبير · اذا أخذ الامان لنفسه وولده فانه يدخل فيه ولد البنات ، وفي بعض النسخ أنه لا يدخل وهذا لأن الولد ينسب الى أبويه فهو ابن لأبيه وابن لأمه حقيقة وابن لجده مجازا فكذا نسب الى أبي أبيه بأنه ابنه فكذلك الى أبي أمه. ولأن عيسى عليه السلام من بني آدم وان كان لا ينسب اليه الا من الأم ، الا أن الأصح أن ولد البنت لا يدخل في الوصية والوقف. وأما مسألة السير فقيل هو قول محمد والفرق أن مبنى الأمان على التوسع ولهذا ثبت بالاشارة والتعريض والدلالة فانه لا ضرر على المسلمين في دخول ولد البنت في الأمان بخلاف الوصية والوقف ألا ترى ان في الوصية للأقارب يعتبر ابو حنيفة الأقرب فالأقرب دفعا للضرر عن الأقرب بمشاركة الأبعد كذا هنا. وذكر في التحرير أيضا في باب من الوصايا التي تكون رجوعا والتي لا تكون رجوعا قال : قال ابن سماعة عن محمد في رجل أوصى لفلان ولعقب فلان يعني رجلا آخر قال فان مات الموصي والموصى لعقبه حي فالوصية باطلة والثلث لفلان الذي اوصى له لأن العقب في قول محمد انما يكون بعد الموت. وان مات الموصى لعقبه قبل موت الموصي فالوصية جائزة ويكون الثلث لفلان ولعقب فلان على عدد الرؤوس وعقب فلان ولده من الذكور والاناث ان لم يكن له ولد فولد

ولده من الذكور والاناث غير ولد الاناث لأن ولد ابنه من الذكور والاناث عقب له فاما ولد بناته فليسوا من عقبه . ثم بحث ثم قال : فالعقب ولد الولد لان الاسم يتناولهم ، كما لو أوصى لولد فلان وله ولد لصلبه وولد ولد . وانما لم يدخل ولد البنات لانهم عقب لآبائهم . وذكر في القنية في كتاب الوصايا منها قال : وعقب فلان ولده الذكور والاناث ثم أولاد الابن ولكن بعد موت فلان . وذكر في عمدة الفتاوى للصدر الشهيد رضي الله تعالى عنه قال اذا وقف ضيعة على أولاده وأولاد أولاده أبدا ماتناسلوا يقسم بينهم بالسوية لايفضل الذكر على الانثى وأولاد البنات لايدخلون فيه وكذلك لو كان مكان الوقف وصية :

قلت تحرر لنا من هذا كله أن أولاد البنات هل يدخلون في لفظ الأولاد وأولاد الاولاد أم لا ؟ ففي رواية الخصاف وهلال يدخلون . وفي ظاهر الرواية لايدخلون وعليه الفتوى . وكذا هل يدخلون في الوقف على الذرية أم لا في رواية يدخلون وفي رواية لايدخلون . وكذا في لفظ النسل والعقب هل يدخلون أم لا ؟ فذكر في المحيط أن هلالا ذكر أنهم لايدخلون ، وفي وقف الخصاف أنهم يدخلون ، وفي وقف ابن مارة عن هلال أنهم لايدخلون . وفي فتاوى قاضيخان ان في أولاد البنات روايتين . وفي الروضة للناطفي قال والنسل لايكون الا من ولد الابن دون ولد الابنة . وفي تتمة الفتاوى أن فيه روايتين عن أصحابنا وكذا في لفظ العقب هل يدخلون فيه أم لا ؟ فقال الخصاف العقب أولاد الذكور دون أولاد الاناث ، وفي خزانة الاكمل العقب اولاد الذكور دون أولاد الاناث . وفي التجريد للكرماني وكذا لفظ الآل والجنس واهل البيت الحكم فيهم واحد لا يدخل أولاد البنات في ذلك . وقد نظمت ذلك في بيتين وأثبتهما في كتابي الملقب بالفوائد وهما

آل وأهل وأولاد كذا عقب ... نسل وجنس كذا ذرية حصروا

فلا دخول لأولاد البنات فقل ... فيما ذكرت فقد تم الذي ذكروا

ورأيت بعض الناس يقول: انه اذا قال على أولادي وأولاد أولادي وأولاد أولاد

أولادي أن أولاد البنات يدخلون حينئذ من غير أن يقول في المسألة روايتان وليس الامر كذلك فان تعليل الاصحاب يرد ذلك ولو ذكر عشرة بطون على ظاهر الرواية ، فان تعليل ظاهر الرواية فيما نقلناه عن المحيط هو انه جعل المانع من دخولهم كونهم منسوبين الى آبائهم دون أمهاتهم ، فعلى هذا لو ذكر خمس بطون أو اكثر لا يدخلون على ظاهر الرواية لمعنى الذي ذكرنا ، وقد صرح صاحب الهداية في التجنيس كما ذكرنا أن الفتوى على ظاهر الرواية أنهم لا يدخلون والله أعلم

المسألة الثانية من المتفرقات : الزيادة في أجرة المأجور اذا كان وقفا وهل تفسخ الاجارة بها أم لا وتحرير الكلام في ذلك فنقول :

ذكر في فتاوى قاضيخان : المتولي اذا آجر حمام الوقف من رجل ثم جاء آخر وزاد في أجرة الحمام قالوا ان كان حين آجر الحمام من الأول آجره بأجرة مثله أو بنقصان يسير يتغابن الناس في مثله فليس للمتولي أن يخرج الأول قبل انقضاء مدة الاجارة. وان كانت الاجارة الاولى بما لا يتغابن فيه تكون فاسدة وله ان يؤاجرها اجارة صحيحة اما من الأول او من غيره بأجرة المثل أو بالزيادة على قدر ما يرضى المستأجر به . وان كانت الاجارة الاولى بأجرة المثل ثم ازداد أجر مثلها كان للمتولي أن يفسخ الاجارة وما لم يفسخ يكون على المستأجر المسمى. كذا ذكره الطحاوي . وذكر في فتاوى الفاضي . رجل استأجر أرض الوقف ثلاث سنين بأجرة معلومة وهي أجرة المثل فلما دخلت السنة الثانية كثرت رغبات الناس وازدادت أجرة الارض ليس للمتولي أن ينقض هذه الاجارة لنقصان أجر المثل لأن اجر المثل يعتبر وقت العقد ووقت العقد المسمى اجر المثل . وفيها في كتاب الاجارات حمام وقف آجره المتولي من رجل ثم جاء آخر وزاده في الاجرة ان كان حين آجر الحمام آجره بمقدار اجر مثله أو بنقصان يتغابن الناس في مثله فليس للمتولي أن يخرج الاول قبل مضي مدة الاجارة ليؤاجر غيره . ولو كانت الاجارة الاولى بما لا يتغابن الناس في مثله فهي فاسدة فله أن يؤاجر اجارة صحيحة اما من الاول أو من الثاني بأجرة المثل أو الزيادة على قدر ما رضي به المستأجر . وذكر في واقعات الحسام

الشهيد رجل استأجر أرض وقف ثلاث سنين بأجرة معلومة هي أجرة المثل فلما دخلت السنة الثانية كثرت الرغبات وازداد أجر الارض ليس للمتولي أن ينقض هذه الاجارة لنقصان أجر المثل لان أجر المثل يعتبر وقت العقد ووقت العقد المسمى أجر المثل . وفيها ايضا من الاجارات . حانوت وقف آجره المتولي من رجل ثم جاء آخر وزاد في الاجر ليس للمتولي أن ينقض الاجارة الاولى اذا آجر بأجر المثل أو نقص قدر ما يتغابن الناس في مثله لان الثاني في الزيادة على أجر المثل متعنت ومن نقص عنه ما لا يتغابن الناس في مثله فالاجارة فاسدة وله أن ينقضه . وذكر في الفتاوى البديعية : رجل استأجر أرضا موقوفة ثلاث سنين بأجرة معلومة وهي أجرة المثل فلما دخلت السنة الثانية كثرت رغبات الناس فازداد أجر الارض قالوا ليس للمتولي أن ينقض الاجارة لنقصان أجر المثل لان المسمى أجر المثل وأجر المثل انما يعتبر وقت العقد ووقت العقد كان المسمى اجر المثل فلا يعتبر التغيير بعد ذلك . وذكر في الذخيرة اذا استأجر ارض الوقف ثلاث سنين باجرة معلومة هي اجر المثل حتى جازت الاجارة فرخصت أجرتها لا تنفسخ الاجارة واذا ازداد اجر مثلها بعد مضي مدة على رواية فتاوى سمرقند لا يفسخ العقد ، وعلى رواية شرح الطحاوي يفسخ ويجدد العقد . والى وقت الفسخ يجب المسمى لما مضى ، ولو كانت الارض بحال لا يمكن فسخ الاجارة فيها بان كان فيها زرع لم يستحصد بعد فالى وقت زيادته يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة الى تمام السنة يجب أجر المثل ، وزيادة الاجر تعتبر اذا ازدادت عند الكل ، هذه الجملة في مزارعة شرح الطحاوي وذكر في خزانة الأكمل . لو آجر المتولي ارض الوقف فزرعها المستأجر ثم طلب غيره بزيادة الاجرة ينظر ان كان فيه غبن وقت الاجارة للمتولي ان يلزمه هذه الزيادة يعني المستأجر ، وان امتنع يفسخ . وان لم يكن فيها غبن لا يتعرض له وذكر في المحيط ولا يجوز اجارة الوقف الا باجرة المثل ولو آجره ثلاث سنين باجر المثل ثم ازداد اجره لكثرة الرغبات ليس للمتولي أن ينقض هذه الاجارة لنقصان اجر المثل لان اجر المثل يعتبر وقت العقد ووقت العقد المسمى اجرة

المثل ، وذكر في الاحكام: استأجر ارض وقف ثلاث سنين باجرة معلومة والاجرة في السنة الاولى اجرة المثل وفي السنة الثانية ازدادت رغبات الناس ليس للمتولي أن ينقض هذه الاجارة. وفي النوازل : حانوت وقف آجره القيم ثم جاء آخر فزاد في الاجرة ان كان حين آجر آجره بمقدار أجر مثله او نقصان يتغابن الناس في مثله فليس للمتولي ان يخرج المستأجر منه قبل تمام المدة وان كان مما لا يتغابن الناس فيه فالاجارة فاسدة. وذكر حسام الدين في اجرة الوقف : اذا ازداد اجر مثله كان للمتولي أن يفسخ العقد ومالم يفسخ يجب المسمى : وذكر في القنية ويجوز استئجار الاراضي مدة طويلة عشر سنين أو اكثر رخص السعر او غلا في الملك وفي الوقف اذا ازداد أجر مثلها في خلال السنة يفسخ ويحتاج الى تجديد العقد ثانيا . وذكر في البدائع في كتاب الاجارات منه : آجر دارا هي ملكه ثم غلا أجر الدار ليس له أن يفسخ العقد الا في الوقف فانه يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة وفيما مضى يجب المسمى بقدره وقيل هذا اذا ازداد أجر مثل الدار فأما اذا جاء واحد وزاد في الاجرة تعنتا على المستأجر الأول فلا يعتبر ذلك . ثم انما تفسخ هذه الاجارة اذا أمكن الفسخ فأما اذا لم يمكن فلا تفسخ بل يترك الى ان يستحصد الزرع بأجر المثل والى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة الى أن يستحصد يجب أجر المثل هذا اذا غلا أجر مثل الوقف . فاما اذا رخص فان الاجارة لا تفسخ لأن المستأجر رضي بذلك القدر وزيادة ولأن الفسخ في الوقف عند الغلاء لحق النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا يفسخ. وذكر في فتاوى قاضيخان في الوصايا ما صورته : وصي باع شيئا من مال اليتيم ثم طلب منه بأكثر مما باع فان القاضي يرجع الى أهل البصر ، ان أخبره اثنان من أهل البصر والأمانة أنه باع بقيمته وأن قيمته ذلك فان القاضي لا يلتفت الى من يزيد وان كان في المزايدة يشترى بأكثر وفي السوق بأقل لا ينقض بيع الوصي لاجل تلك الزيادة بل يرجع الى أهل البصر والامانة فان اجتمع رجلان منهم على شيء أخذ بقولهما ، هذا على قول محمد اما على قولهما قول الواحد يكفي في التزكية ونحوها.

وعلى هذا قيم الوقف اذا آجر مستغل الوقف ثم جاء آخر وزاد فى الاجرة . وذكر فى تتمة الفتاوى اذا استأجر أرضا ثلاث سنين بأجرة معلومة هى أجرة المثل حتى جرت الاجارة فرخصت اجرتها لا تفسخ الاجارة . واذا ازداد أجر مثلها قبل مضى المدة على رواية فتاوى سمرقند لا ينفسخ العقد وعلى رواية شرح الطحاوى ينفسخ ويجدد العقد والى وقت الفسخ يجب المسمى لما مضى . ولو كانت الارض بحال لا يمكن فسخ الاجارة فيها بأن كان فيها زرع لم يستحصد بعد فالى وقت زيادته يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة الى تمام المدة يجب أجر المثل . وزيادة الاجر تعتبر اذا ازدادت عند الكل . هذه الجملة من مزارعة الطحاوى وذكر فى الينابيع لو كانت الارض المستأجرة وقفا وقد استأجرها مدة طويلة ان كان السعر بحاله لم يزد ولم ينقص جاز . وان غلا أجر مثلها يفسخ ويجب المسمى فيما مضى ويجدد ثانيا فيما بقى ولو كانت الارض بحال لا يحتمل الفسخ بأن كان فيها زرع لم يستحصد لا يفسخ العقد لكنه يجب المسمى الى وقت زيادته وبعد الزيادة الى تمام السنة يجب أجر مثلها . ولا تعتبر الزيادة فى السعر الا اذا زادت عند الكل أما لو زادت عند بعض الناس فى أجرتها لم يلتفت اليها لانه متعنت فيها . وذكر فى فتاوى برهان الدين أبى المعالى محمود بن عبد العزيز فى الوقف : المستأجر اذا زاد أجر مثله كان للمتولى أن يفسخ العقد ويحتاج الى تجديد العقد فيفتى بأن له ان يفسخ العقد . وما لم يفسخ يجب المسمى هذه الجملة فى مزارعة الطحاوى . وذكر فى منية المفتى . اذا زاد أجر المثل فى الوقف بعد العقد ليس للمتولى ان يفسخ لأن أجر المثل يعتبر وقت العقد

فتحرر لنا من هذا ما حاصله أن الاجارة فى الوقف لا تفسخ ولا تنفسخ بمجرد زيادة من جاء يريد فى الاجرة ما لم يتبين ازدياد أجر المثل فى الأجور بعد العقد وسواء كان مازاده مقدار ثلث الاجرة أو ربعها أو أقل أو أكثر . ثم من الاصحاب من اعتبر أجر المثل وقت عقد الاجارة فقط ولم يعرج على ازدياد أجر المثل بعد العقد وسواء حصلت مرابحة مستندة الى أن أجر المثل زاد أم لا

ولا يقول بالفسخ بعد ذلك، ومنهم من قال اذا ازداد أجر المثل بعد العقد كان للمتولي أن يفسخ العقد ويحتاج الى تجديد العقد ثانيا، وخرج الامام برهان الدين أبو المعالي فيما نقلناه عنه أنه يجب بل له أن يفسخ العقد وما لم يفسخ يجب المسمى، لكن شرطوا أن يفسخ اذا كانت الزيادة معتبرة عند الكل، أما لو جاء واحد وزاد في أجرتها لا يلتفت اليه لاحتمال أنه متعنت فيها. ولم يقل أحد من أصحابنا انه اذا جاء شخص وزاد في الاجرة نحو الربع أو الثلث أو أقل أو أكثر أن الاجارة تنفسخ أو يسوغ فسخها بمجرد زيادة هذا الرجل فقط بل نصوا فيما ذكرنا عنهم في هذه الاوراق انه لا يلتفت الى زيادته ولا يعمل بها وعللوا فقالوا لانه متعنت وكلام المتعنت لا يعبأ به ولا يعرج عليه. وقاضيخان خرج فيما نقلناه عنه من كتاب الوصايا بما قررناه وأن القاضي لا يلتفت الى من جاء يزيد بل يرجع فيه الى أرباب الخبرة فيما نقلناه عنه. فان قيل هذا مسلم اذا كانت الاجارة الاولى وقعت بأجر المثل وثبت ذلك عند الحاكم. أما اذا حصلت اجارة اما من عامل الوقف أو من جابيه أو ناظره ولم يشهد الشهود فيها بأن الاجرة أجرة المثل وقت العقد فاذا جاء من يزيد على هذا المستأجر في الاجرة اما عقب العقد أو بعده من غير أن يظهر للحاكم أنه متعنت ألا يقبل منه الزيادة نظراً للوقف؟ وربما تبين بذلك أن الاجارة الاولى كانت بدون أجر المثل، قلت الاجارة الاولى اذا كانت صحيحة عارية عن شرط يفسدها لم يضرها زيادة من يزيد ما لم يتبين أن أجر المثل زاد بعد العقد. وما ذكرت من كون أجر المثل مسكوتا عنه ولم يشهد به الشهود وقت العقد فلا يضرها أيضاً لان الذي يشترط لصحة الاجارة في الوقف هي الشروط التي تشترط في الملك لكن يزيد عليها بأن تكون الاجرة فيه أجرة المثل وقت العقد فاذا سكتوا عن ذلك فالأصل الصحة الا أن يتبين ممن جاء يزيد ان الاجارة الاولى وقعت بدون أجر المثل وان أجر مثلها اذ ذاك أكثر مما أوجرت به. فاذا تبين ذلك انفسخت الاجارة الأولى بكونها حصلت بدون أجر المثل لا لاجل الذي زادها. فأما اعتبار ما زاد فيحتاج الى شرط آخر وهو أن

يبين أن أجر مثلها قد زاد بعد العقد مطلقاً من غير أن يشترط عليه أن مازاده هو أجر المثل فلن بين ذلك فلأن تسمع الزيادة : ثم الزيادة هذه لاتخلو . اما أن تكون اجر المثل أو اقل أو اكثر . فان كانت مقدار أجر المثل ساغ ايجار الوقف منه بهذه الزيادة وان كانت أقل لايؤاجر الوقف منه بها فقط بل بتمام أجر المثل ان اختار وان كانت اكثر من أجر المثل فيجوز أيضاً

بقى ان الذى يفسخ هذا العقد من هو ؟ فظاهر كلامهم أن المتولى للوقف هو الذى يفسخه لا الحاكم فيكون العمل فيه حينئذ ان المتولى يرفع الامر الى القاضي ويأتى بالرجل الذى جاء ودفع الزائد ويبين عند القاضي أن هذا القدر الذي زاده هو أجر مثل هذا المكان فى هذا الوقت عند كل الناس دون الذى دفعه وحده ، فاذا تكفل ذلك يقول المتولى فسخت هذا العقد ، كل ذلك بحضور المستأجر الاول فاذا فسخه يسأل من القاضي امضاء ذلك الفسخ ويحكم به مع العلم بالخلاف حتى يرفع اختلاف العلماء فى المسألة كما قلنا فى امضاء الفسخ بموت أحد المتعاقدين فى الاجارة اذا كان عقد لنفسه ، لا أن القاضي هو الذى يبتدىء بالفسخ من غير أن يفسخ المتولى اللهم الا اذا امتنع ناظر الوقف عن ذلك فحينئذ يجوز للقاضي أن يبتدىء بالفسخ ويحكم به ، فهذا خلاصة ماظهر لنا من كلام الاصحاب قدس الله أرواحهم مما قالته فى هذه المسألة

المسألة الثالثة من المتفرقات . غلة الوقف هل تكون على حكم البسط أم على اعتبار الادراك ؟ أعنى أن التى أدركت فى زمانه يختص بها دون من كان قبله من المستحقين أم لا ؟ وتتضمن هذه المسألة أيضاً مسألة غلة أوقاف المدارس وهل يكون حكمها حكم غلة الوقف على الاولاد والاقرب أم بينهما فرق فى الحكم بينهما وتحرير الكلام فى ذلك كله . فنقول وبالله المستعان

ذكر هلال رحمه الله فى وقفه : أرأيت رجلا قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى وعلى من يحدث لى من الولد فان انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين قال هذا جائز ، قلت : فان لم يحدث له ولد وجاءت الغلة أتعطى هؤلاء الولد القيام

الغلة . قال نعم لنعطيهم الغلة ولا أحبس لمن يحدث له من الولد شيئاً وأنا انظر الى عددهم يوم تأتي الغلة ألا ترى لو أن رجلا قال قد وقفت أرضي هذه صدقة على قرابتي فاذا انقرضوا جميعاً فعلى الفقراء والمساكين أني انما انظر الى عددهم يوم تأتي الغلة ولا أعطي من يحدث من القرابة من الغلات الماضية شيئاً واعطيهم من الغلات الحادثة وانما انظر الى عددهم يوم تأتي الغلة وكذلك الباب الاول لا يكون لمن يحدث من الولد وانما انظر الى مجيء الغلة فمن كان منهم موجودا يوم تأتي الغلة فقد وجبت له الغلة ولا ألتفت الى من مات منهم قبل ذلك : قلت أرأيت لو كان له ولد يوم وقف الوقف عشرة قال كل من مات منهم بطلت حصته وكان الوقف على من بقي منهم ما بقي منهم احد : قلت أرأيت من مات منهم بعد مجيء الغلة قال حصة من مات منهم بعد مجيء الغلة ميراث لورثته على كتاب الله تعالى أقضي من ذلك دينه وانفذ منه وصاياه واورث زوجته منه لانه مال قد ملكه قبل أن يموت وانما ما يحدث من الغلة بعد وفاة من هلك منهم فهو لمن بقي منهم دون من هلك منهم قلت : ارأيت رجلا قال أرضي صدقة موقوفة على قرابتي فمات بعضهم قال اجعله لمن بقي منهم ما بقي منهم احد ولا التفت الى من هلك قبل مجيء الغلة وادخلت فيهم من يحدث منهم قبل مجيء الغلة ومن مات منهم بعد مجيء الغلة فقد وجبت حصته وهي ميراث على ما وصفت لك ولا حق له فيما يحدث من الغلات . وكذلك الولد ذكرته ايضاً في صدر الباب قال قلت : ارأيت رجلا جعل أرضا له صدقة موقوفة على ولده ومن بعد ذلك على المساكين قال هذا جائز . قلت : ارأيت ان حدث له بعد ذلك ولد يكون له من غلات الوقف شيء قال نعم هو أسوة من كان من ولده يوم وقف الوقف قلت : ولم قلت ذلك ؟ قال لانهم كلهم من ولده والاسم يجمعهم جميعاً وانما أنظر الى الغلة يوم تكون غلة فمن كان له من الولد يومئذ فهم جميعاً فيها سواء . لان الغلة انما تجب لمن كان منهم مخلوقاً يوم تكون غلته فمن كان للواقف يومئذ من الولد فهم جميعاً سواء وانا هذا عندي بمنزلة رجل قال قد أوصيت بثلث مالي لولد عبد الله وانما انظر الى ولد عبد الله

الذين يكونون يوم موت الموصى فيكون الثلث لهم ولا أنظر الى من مات منهم قبل ذلك وأدخل فى الثلث من كان مخلوقا يوم موت الموصى ومن كان مخلوقا يوم أوصى وكذلك الوقف انما أنظر الى الغلة يوم تجيء فمن كان مخلوقا من الولد فهم جميعاً فى ذلك سواء ولا ألتفت الى من مات قبل ذلك وادخل من كان منهم قبل مجيء الغلة كما أدخلت فى الباب الاول من حدث قبل موت الموصى ولم ألتفت الى من مات منهم قبل موت الموصى قلت : ولم لا تجعل الوقف على من كان حيا يوم وقف الأرض ولا تجعل لمن يحدث شيئا والوقف يومئذ لهم خاصة فيكون على الذين كانوا مخلوقين دون من يحدث كما تقول فى الوصية انما يكون لمن كان يوم موت الموصى ولا يجعل لمن يحدث بعد ذلك شيئا لأن الوصية وجبت بالموت والوقف وجب بالاشهاد، قال هما مختلفان لما الوصية فقد ملكها الموصى لهم يوم مات الموصى ولا يتحول ملكهم عنها ولا يدخل فيها من يحدث بعد ذلك لأنها وجبت للأولين وأما الوقف فلم يملك الموقوف عليهم من الأرض شيئا بالاشهاد بالوقف وانما يملكون الغلة يوم تجيء وليس يملكها قوم قبل أن تستحق وانما نظر الى الغلة يوم تجيء والى الوصية يوم تجب لأهلها ألا ترى أن الوصية لم يملكها أهلها بالاشهاد لهم بالوصية دون الموت وكذلك الوقف لم يملك الموقوف عليه بالاشهاد بالوقف منه شيئا دون أن تستحق الغلة وانما يملكون الوصية بموت الموصى والغلة فى الوقف يوم تستحق الغلة قياس الوصية يوم تجب بموت الموصى قياس الغلة يوم تستحق . قال ابو محمد يوسف بن محمد بن خالد ان الوقف والوصية فى هذا سواء . فان قال قائل فما حجتك على من قال يكون الوقف لمن كان مخلوقا من الولد يوم وقف دون من يحدث من الولد ؟ قيل له فما تقول فى رجل قال أرضى هذه صدقة موقوفة على الفقراء من ولد عبد الله وكان من ولد عبد الله يوم وقف الوقف فقراء واغنياء، فان قال اعطى فقراءهم يوم وقف ولا يعطى للاغنياء شيء قيل له لان الوقف وجب لهم باعيانهم خاصة دون الاولين، فان قال نعم هو لهم كما أن الوقف وجب للولد المخلوقين يوم وقف الوقف دون من يحدث، قيل له فما تقول ان استغنى الذين كانوا فقراء وافتقر الذين كانوا اغنياء بعد فى

قياس قولك ان يعطى الذين هم اليوم اغنياء لانهم كانوا يوم الوقف فقراء وقد وجب
لهم ويمنع الذين هم فقراء لانهم كانوا اغنياء يوم وقف الوقف وهذا قبيح وليس
هذا بشىء وليس هذا على معانى كلام الناس ومذاهبهم ووقوفهم ، وانما مذهب
الناس ووقوفهم على من يكون فقيرا منهم يوم تأتى الغلة وعلى ان يحرموا من استغنى
منهم ويعطوا من افتقر منهم . وكذلك الوقف على الولد ايضا ينظر الى من كان
يوم تأتى الغلة وذكر فى الذخيرة لو قال ارضى هذه صدقة موقوفة على من يحدث
لى من الولد وليس له ولد فانه يجوز وان ادركت الغلة قسمت على الفقراء فان
حدث له ولد بعد ذلك فلا حظ له من هذه الغلة لأن أوان استحقاق هذه
سبق حدوث هذا الولد . وذكر الخصاف فى وقفه : قلت فما تقول ان قال قد جعلت
أرضى هذه صدقة موقوفة لله تعالى ابدا على ولدى وولد ولدى واولادهم ونسلهم
أبدا ما تناسلوا على ان يبدأ فى ذلك بالبطن الأعلى ثم البطن الذين يلونهم ثم الذين
يلونهم بطنا بعد بطن حتى ينتهى الى آخر البطون منهم ثم من بعدهم على المساكين
قال هذا جائز على ما شرطه وتكون الغلة للبطن الأعلى ثم بطنا بعد بطن ابدا ما بقى
منهم أحد قلت : فما تقول فيمن يموت من البطن الاعلى قال يسقط سهمه وتكون
الغلة لمن يكون موجودا منهم حين تطلع الغلة : قلت فان مات البطن الاعلى الا
واحدا قال فالغلة لهذا الواحد دون البطن الذى يليه قلت : فما تقول فى ولد من مات
من البطن الاعلى هل يكون لهم شىء من الغلة ؟ قال لا يكون لهم من الغلة شىء الا
ان يموت الاعلى بعد ان تطلع الغلة فيكون الميت منهم قد استحق سهمه منها
فيكون سهمه هذا لورثته جميعا قلت . فمن مات منهم قبل ان تطلع الغلة قال فلا
حق للميت منهم فى هذه الغلة ، وفى الخصاف ايضا : قال قلت أرأيت رجلا قال
أرضى هذه صدقة موقوفة لله ابدا على ولد زيد ومن بعدهم على المساكين قال
الوقف جائز والغلة لولد زيد من كان منهم يوم وقف هذا الوقف وكل ولد يحدث
لزيد فينظر الى الغلة يوم تجىء فيشترك فيها ولد زيد جميعا ومن مات منهم سقط
سهمه وكانت الغلة كلها لمن بقى منهم ولو بقى واحد كانت الغلة كلها له . ذكرها فى باب

او وقف على ورثة فلان منه : وذكر في التجنيس والمزيد لو وقف على فقراء قرابته فافتقر بعضهم واستغنى الباقون ينظر الى من كان فقيرا وقت حدوث الغلة فيعطى له . وقال ايضا رجل وقف ارضا له على أولاد فلان وجعل آخره للفقراء وليس لفلان اولاد فالوقف جائز وتكون الغلة للفقراء فان حدث لفلان أولاد يصرف ما يحدث من الغلة في الموقوف الى اولاده . وان كان لفلان اولاد وحدث له أولاد آخرون ينظر الى ولده وقت حدوث الغلة فما كان ولدا له وقت حدوث الغلة يصرف الغلة اليه لان هذا يجاب عند حدوث الغلة فينظر الى ولده وقت الايجاب .
وقال أيضاً صاحب التجنيس فيه : رجل وقف داره او ضيعته على الموالي وأولادهم فولد ولد ففي غلة الدار لهذا الولد نصيب فيما مضى قبل الولادة لأقل من ستة أشهر وان كان اكثر من ذلك لا نصيب له فيما مضى من ذلك الوقت . وفي غلة الضيعة له نصيب فيما حدث من الغلة قبل الولادة لأقل من ستة اشهر لان العبرة للوجود قبل حدوث الغلة . وفي التجنيس أيضاً امرأة أخذت نصيبها من الوقف على وجه الحاجة ثم استغنت فهذا على وجهين . اما ان استغنت قبل الخروج أو بعد خروجها قبل الادراك . ففي الوجه الاول عليها أن ترد وفي الوجه الثاني لا لأن الحق انما يثبت عند حدوث الغلة . وذكر في فتاوى الخاصي وقف على فقراء قرابته فافتقر بعضهم واستغنى الباقون ينظر الى من كان منهم فقيرا يوم حدوث الغلة فيعطى له . ومنها وقف ضيعته أو داره على الموالي واولادهم فولد ولد ففي غلة الدار فيما مضى قبل الولادة لاقل من ستة أشهر لهذا الولد نصيب ولا نصيب له في غلة ما قبل ذلك وما مضى من ذلك الوقت وفي غلة الضيعة له نصيب فيما حدث من الغلة قبل الولادة لأقل من ستة اشهر لان العبرة للوجود قبل حدوث الغلة . وذكر في تتمة الفتاوى : اذا وقف ارضه على ولده وليس له ولد لصلبه وله ولد ابن صرفت الغلة الى ولد الابن فان حدث له ولد لصلبه بعد ذلك صرفت الغلة المستقبلة الى الولد لان كل غلة تدرك فانما ينظر الى مستحقها وقت الادراك فلا ينظر الى الماضي لما مر فاذا جاء وقت الادراك من سنة ما فصرفت اليه سواء كان موجودا يوم الوقف

أو حدث بعده . وذكر هلال في فتاويه : رجل وقف ضيعة على ولده وليس له ولد لصلبه وله ولد ابن فان الغلة تصرف الى ولد الابن فان حدث للواقف بعد ذلك ولد لصلبه قال الفقيه ابو جعفر تصرف الغلة الى الولد الحادث وينظر في كل غلة تصرف الى مستحقها يوم الادراك ولا يعتبر ما مضى سواء حدث بعد الوقف او كان موجودا وقت الوقف . ومنها رجل جعل ارضه صدقة موقوفة على ولده ومن بعدهم على المساكين جاز هذا الوقف ، واختلفوا في الولد الذي يستحق هذا الوقف قال هلال المستحق هو الولد الموجود عند وجود الغلة سواء كان موجودا وقت الوقف او حدث بعده وبه أخذ مشايخ بلخ . وقال يوسف بن خالد السمتي المستحق هو الموجود وقت الوقف ومن حدث بعد الوقف لا يدخل في الوقف . وكذلك ولد الولد لا يدخل في الوقف ان كان له ولد وقت الوقف او حدث قبل وجود الغلة لانه خص ولده بالذكر فلا يدخل فيه ولد الولد . ومنها لو قال على ولدي وولد ولدي دخل الفريقان جميعا ويعتبر ولده وولد ولده يوم وجود الغلة ويستحق واحد منهم كل الغلة . ووقت وجود الغلة الوقت الذي ينعقد فيه الزرع حبا ، وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما . ومنها ولو قال ارضي هذه صدقة موقوفة على بني وله ابنان او اكثر كانت الغلة لهم وان لم يكن له الا ابن واحد وقت وجود الغلة كان نصف الغلة له والنصف للفقراء . ومنها ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على فقراء قرابتي أو قال على فقراء ولدي يصح الوقف ويستحق الغلة من كان فقيرا وقت وجود الغلة في قول هلال وعليه الفتوى . ومنها ولو قال ارضي صدقة موقوفة على فقراء قرابتي وكان في قرابته يوم مجيء الغلة فقير واحد فاستغنى قبل ان يأخذ حصته من غلة الوقف كان له حصته لأن الملك ثبت له وقت مجيء الغلة فانه لو مات بعد مجيء الغلة قبل ان يأخذ حصته تصير حصته ميراثا له . ومنها ولو قال على ايتام قرابتي فمن احتلم الغلام بعد مجيء الغلة فله حصته من هذه الغلة لأنه كان يتيما قبل مجيء الغلة فلا يزول استحقاقه بزوال اليتم كما لا يزول بزوال الفقر ، فان وقعت بينه وبين غيره من المستحقين خصومة في هذه الغلة فقال غيره من المستحقين انما احتلمت قبل

مجيء الغلة فلا حصة لك وقال هو انما احتلمت بعد مجيء الغلة كان القول قوله مع اليمين وكذلك في حيض الجارية لان الاستحقاق تعلق باليتم وصفة اليتم كانت ثابتة فكان القول قوله لانكاره زوال الاستحقاق . ومنها رجل وقف على فقراء جيرانه في القياس وهو قول الامام يكون الوقف لفقراء جيرانه الملاصقين ، وفي الاستحسان وهو قولهما يكون لكل فقير يجمعه مسجد المحلة ، والساكن والمالك فيه سواء فان كان الساكن غير المالك كان الوقف للساكن دون المالك . ويدخل فيه المكاتب لا العبيد وامهات الاولاد ويدخل الصبيان والنساء . ولو كان للواقف جيران وقت الوقف فانتقل بعضهم الى محلة اخرى وباعوا دورهم وانتقل قوم آخرون بعد ادراك الغلة قبل الحصاد الى جواره فالمعتبر فيه كل من كان جاره وقت قسمة الغلة . وذكر في خزانة الاكمل : ولو جعل ارضه وقفا على ولده وآخره للفقراء فمن حدث له من الولد بعده يدخل فيعتبر وقت مجيء الغلة قيام الاولاد لا وقت الوقف . بخلاف الوصية حيث يعتبر وجود الولد وقت الوصية حتى لا يدخل من حدث بعدها . ولو قال هذه صدقة موقوفة على من سكن البصرة من ولدي فهي لسكانها ثم لو انتقل بعضهم من البصرة الى الكوفة سقط حق من خرج منها وثبت للآخرين بالقدوم الى البصرة فيقسم غلتها على من سكن بالبصرة وقت الغلة . ولو قال على فقراء قرابتي يعتبر فقرهم وقت ادراك الغلة ، ومن استغنى منهم بعده سقط حقه ، ومن افتقر ثبت حقه . ولو قال على ولدي فاذا انقرضوا فللمساكين تقسم غلاتها على أولاده من غير انتظار من يحدث بعده وانما هي لمن كان مخلوقا وقت الغلة فالحمل الذي ولد لأقل من ستة أشهر من يوم جاءت الغلة يدخل في القسمة وكذا في الوصية لولد فلان ثم ولدت امرأته لأقل من ستة اشهر بعد موت الموصي فهو مستحق وما ولد لستة أشهر فصاعدا لا يستحق . ومنها قال أبو جعفر لو وقف على ولده ولا ولد له فهو للفقراء فان حدث له ولد بعده يصرف الى ولده ولو وقف على فقراء قرابته يعتبر الفقر يوم حدوث الغلة فمن كان منهم فقيرا يومئذ يعطى له والا فلا . ومنها لو وقف على فقراء الجيران الصحيح وهم الذين يلتزقون بداره

عند أبي حنيفة وعند آخرين هم الذين يجتمعون في مسجدهم فهم اهل مسجده، وقيل الذين يسمعون النداء على صوت وسط . ويستحق أهل الذمة والمكاتب غلتها بشرط الفقر . ومن استغنى من جيرانه فالغلة لمن كان فقيرا يوم قسمتها . بخلاف قوله على فقراء قرابتي فهو لمن يكون فقيرا يوم تدرك الغلة لا يوم القسمة . وقال بعضهم هما سيان يوم تدرك الغلة . ويستوي في القسمة من قرب جواره ومن بعد الاناث والذكور والكبار والصغار والسكان والارباب لا يفضل البعض على البعض . ومن غاب عن جواره ومن طال في سفره فالغلة لمن في جواره لا بعده . ومنها ولو وقف على الجيران ينظر يوم قسمة الغلة لا قبله ولا بعده فلو باع بعض الجيران دورهم وانتقلوا الى محلة اخرى بعد ادراك الغلة قبل حصادها لا شيء له ، ومن انتقل الى جواره قبل يوم القسمة فله حصته من الغلة . وذكر في المحيط : ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وعلى ولد فلان فعند هلال بن يحيى يدخل كل من كان موجودا يوم حدوث الغلة وعند يوسف بن خالد السمتي يدخل من كان موجودا يوم الوقف لا من يحدث بعده لان الحق يجب لهم عند الوقف بدليل ان الواقف لو اراد أن يرجع عن الوقف في حال حياته لا يصح رجوعه وهلال يقول بأن الحق انما يجب في الغلة لا في العين لان التصدق جرى في الغلة لا في العين لما بينا فينظر الى وقت الغلة فصار يوم حدوث الغلة وقت وجوب الحق كيوم موت الموصي في حق وجوب الملك للموصى له في الوصية . فكذلك لو وقف على فقراء قرابته فافتقر بعضهم واستغنى الباقون ينظر الى من كان فقيرا يوم حدوث الغلة فيعطى له

ثم في كل موضع يثبت الحق للولد في الغلة انما يثبت لولد له نسب معروف من الواقف لا من لا يعرف نسبه الا بقول الواقف : حتى لو جاءت جاريته بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الغلة فادعاه الواقف ثبت النسب ولا حصة له من الغلة . ولو جاءت امرأته او أم ولده بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الغلة فله أن يشاركهم لأنه يعلم أنه كان موجودا وقت وجوب الحق في الغلة ، والواقف غير متهم في هذا لأنه ثبت النسب بالفراش لا بقوله . وفي ولد الجارية يثبت النسب بقوله ودعوته فيكون متهما

فيه فلا يصدق في حق غيره . وحكى عن الفقيه أبي جعفر أنه قال يجوز أن يقال على قول علمائنا الثلاثة أنه يدخل في الوقف ولد جاريته التي ادعى نسبه قياسا على ما اذا بيع دارا بجارية فأخذها الشفيع بالشفعة ثم ولدت الجارية ولدا لأقل من ستة أشهر من وقت البيع فادعاه البائع ثبت نسبه منه وبطل البيع والشفعة وقد صدق في ابطال الشفعة فكذا يصدق في استحقاق الغلة . وحكى عن الفقيه أبي الليث أنه قال يجوز أن يقال لا يصدق في حق الوقف بالاتفاق بخلاف الشفعة : والفرق أن هناك يصدق في ابطال البيع لا غير الا أنه لما صدق فيه يبطل الشفعة حكما وضرورة . وهنا ما قصد بهذا الاقرار الا ايجاب الشركة لهذا الولد في الوقف ، وفي ذلك ابطال حق الباقين قصدا فلا يصدق فيه ، وهناك بطلت الشفعة حكما لا قصدا ، ويجوز أن يثبت الشيء حكما وان كان لا يثبت قصدا كعزل الوكيل

ثم تكلموا في معرفة اليوم الذي يجب الحق في الغلة . ذكر هلال هو اليوم الذي صارت الغلة قيمة ولم يشترط الفصل عن المؤن . وقيل هو اليوم الذي صارت لها فيه قيمة بحيث يفضل عن المؤن وقيل في بلادنا هو اليوم الذي صارت لها فيه قيمة بحيث يفضل عن المؤن والخراج . فيصير بمنزلة مريض مات وعليه دين وله مال فان كان الدين محيطا بماله يصرف الى الدين ، وان لم يكن محيطا بماله يكون ملكا للورثة مشغولا بالدين . فكذا حق الغلة اذا كان المؤن والخراج محيطا بها تصرف اليهما وان كان فيها فضل عن المؤن يكون ملكا للموقوف عليهم مشغولا بالخراج والمؤن . فان مات أحد من الموقوف عليهم قبل أن يصير للغلة قيمة لا يصير ميراثا ، وان مات بعدما صارت للغلة قيمة صار نصيبه ميراثا . وهذا قول هلال . وعلى هذا القياس قول الآخرين فافهم .

وذكر في الفتاوى الظهيرية : رجل وقف ضيعة على ولده وليس له ولد وله ابن ابن فان الغلة تصرف الى ولد الابن ، فان حدث للواقف بعد ذلك ولد لصلبه قال أبو جعفر تصرف الغلة الى الولد الحادث ، وينظر في كل غلة الى مستحقها يوم الادراك

ولا يعتبر مامضى سواء حدثت بعد الوقف أو كان موجوداً وقت الوقف . ولو مات الواقف ساعة جاءت الغلة فجاءت امرأته بولد مابينها وبين سنتين من الساعة التي أدركت فيها الغلة فان هذا الولد يشارك الولد الاول في الغلة .

قلت : عبارات الاصحاب قد اختلفت في هذه المسألة : فهلال عبر فيها « بمجيء الغلة و بيوم تأتي الغلة » وصاحب الذخيرة جعل « أوان استحقاق الغلة ادراكها » . والخصاف قال « حين تطلع الغلة و يوم تأتي الغلة »وصاحب الهداية « اذا جاء وقت حدوث الغلة وقبل الخروج أو بعد الخروج قبل الادراك » وفي كلامه شيء يحتاج الى ايضاح يأتي ان شاء الله تعالى . والخاصي أورد « يوم حدوث الغلة ووقت جذوذ الغلة »وصاحب التتمة قال « وقت الادراك » وقاضيخان صرح « بيوم الادراك في موضع ، وفي موضع عند وجود الغلة ويوم وجود الغلة ووقت وجود الغلة » ثم قال : والوقت الذي هو وقت وجود الغلة الوقت الذي ينعقد الزرع فيه حبا ، وفي موضع قال : يستحق الغلة من كان فقيرا وقت وجود الغلة في قول هلال وعليه الفتوى . وفي موضع قال في الوقف على فقراء جيرانه فلو انتقل بعض الجيران الى محلة أخرى و باعوا دورهم وانتقل قوم بعد ادراك الغلة قبل الحصاد الى جواره فالمعتبر فيه كل من كان جاره وقت قسمة الغلة . وفي خزانة الاكمل ذكر « وقت مجيء الغلة ووقت ادراك الغلة ويوم تدرك الغلة » وفي موضع قال في الوقف على فقراء جيرانه : ان من استغنى من جيرانه فالغلة لمن كان فقيرا يوم قسمتها بخلاف قوله على فقراء قرابتي فهو لمن كان فقيرا يوم تدرك الغلة لا يوم القسمة . وكأن بعضهم هنا سيان . وفي موضع آخر قال : في الوقف على الجيران أنه ينظر يوم قسمة الغلة لا قبله ولا بعده فلو باع بعض الجيران دورهم وانتقلوا الى محلة أخرى بعد ادراك الغلة قبل حصادها لا شيء لهم ، ومن انتقل الى جواره قبل يوم القسمة فله حصة من الغلة . وفي المحيط قال « وقت حدوث الغلة » وقال بعد ذلك : ثم تكلموا في معرفة اليوم الذي يجب للحق فيه في الغلة : ذكر هلال هو اليوم الذي صارت الغلة فيه قيمة ، ولم يشترط الفصل عن المؤن وقبل

هو اليوم الذي صارت له قيمة بحيث يفضل عن المؤن وقيل في ملادة هو اليوم الذي صارت لها قيمة بحيث يفضل عن المؤن والخراج ، فمن مات أحد من الموقوف عليهم قبل أن يصير للغلة قيمة لا يصير ميراثا ، وإن مات بعد ما صارت للغلة قيمة صار نصيبه ميراثا وهذا قول هلال وعلى هذا القياس قول الآخرين فافهم .

وفي الفتاوى الظهيرية قال : ينظر في كل غلة الى مستحقها يوم الادراك ولا يعتبر ما مضى سواء حدثت بعد الوقف أو كان موجودا وقت الوقف : هذه عباراتهم وقد نقلناها عنهم فيما تقدم ، وفيها من الاختلافات مالايخفى ، فلابد أن ينظر في ذلك ويجتهد في التوفيق ان أمكن في البعض وفيما لا يمكن ينظر الى مارجح بعضا على بعض مما هو موافق للقواعد والفروع والشواهد فيكون هذا القول الصحيح الذي يعمل به وما عداه مرجوح مستمدين من الله تعالى المعونة والتوفيق وهو خير معين . فنقول وبالله المستعان :

عبارة هلال رحمه الله أوردها فيما اذا وقف فقال « أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وعلى من يحدث لي من الولد فإن انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين قال هو جائز قلت : فإن لم يحدث له ولد وجاءت الغلة أيعطى هؤلاء الولد القيام الغلة ؟ قال نعم أعطيهم الغلة ولا أحبس لمن يحدث له من الولد شيئا وانما أنظر الى عددهم يوم تأتي الغلة » واستشهد بما ذكره بمسألة الوقف على قرابتي فاذا انقرضوا فعلى المساكين ، وقال فيها : اني انما أنظر الى عددهم يوم تأتي الغلة ولا أعطي من يحدث من القرابة من الغلات الماضية شيئا وأعطيهم من الغلات الحادثة ، وكذلك الباب الأول لا يكون لمن يحدث من الولد فانما أنظر الى مجيء الغلة فمن كان منهم مخلوقا يوم تأتي الغلة فقد وجبت له الغلة ولا ألتفت الى من جاء منهم قبل ذلك » فقوله يوم تأتي الغلة ومجيء الغلة واحد ليس بينهما اختلاف :

بقي هل المراد من قوله « يوم تأتي الغلة ومجيء الغلة ومن ادراك الغلة » هو صيرورة القمح والشعير والحبوب قوتا متكامل الانتفاع به ، أم زمن ظهور ذلك من الارض وهو أول ما يخرج الزرع من الارض والثمار من الغصون من غير أن

ينعقد فيه حب أصلا ، أم زمن التوسط فيما بين ذلك وهو صيرورة الزرع ملبنا والثمار عاقدة قبل ادراكها : فالذي وقفت عليه من كلام هلال في وقفه هو ماتقدم لاغير . ولكن صاحب المحيط نقل عن هلال في معرفة اليوم الذي يجب فيه الحق في الغلة وقال « اليوم الذي صار للغلة قيمة » فعلى هذا يحمل كلام هلال من « يوم تجيء الغلة ويوم تأتي » على أن المراد منه ظهور الزرع من الارض والزهور من الغصون لأن له قيمة في الجملة ، كما قالوا في جواز بيع مالم يبد صلاحه واعتبروا مطلق الانتفاع ، فكذا هنا ،

وأما ما ذكره في الذخيرة فانه أورد ذلك فيما اذا قال « أرضي هذه صدقة موقوفة على من يحدث لي من الولد وليس له ولد فانه يجوز فان أدركت الغلة قسمت على الفقراء فان حدث له ولد بعد ذلك فلا حظ له من هذه الغلة لأن أوان استحقاق هذه الغلة سبق حدوث هذا الولد » فهذا غير مخالف لما ذكره هلال ، وان كان يتبادر الى الذهن أول وهلة أنه مخالف : وبيانه أنه قد تقرر لنا أن هلالا اعتبر يوم تصير للغلة قيمة فمن أدرك هذا الوقت استحق ومن مات قبله لم يستحق شيئا وكذا من حدث بعده . والذي ذكره صاحب الذخيرة صورته أنه حدث للواقف ولد بعد ادراك الغلة وأجاب بأنه لايستحق شيئا ، فكان جواب الذخيرة موافقا لقول هلال . ولا يقال ان صاحب الذخيرة قال « لأن أوان استحقاق هذه الغلة سبق حدوث هذا الولد » فيقتضي أن وقت الاستحقاق وقت ادراك الغلة ، لأنا نقول قوله « أوان استحقاق هذه الغلة سبق حدوث هذا الولد » يصدق على يوم يصير للغلة قيمة فان من ولد بعد ادراك الغلة هو مولود بعد ظهورها من الارض قطعا . وليس في كلام الذخيرة ما يدل على أن المراد بأوان الاستحقاق زمن الادراك . فان قيل فعلى ما قررت وفصلت فما الفائدة في قوله في الذخيرة « فان أدركت الغلة قسمت على الفقراء » ثم قال « فان حدث له ولد بعد ذلك » وهو يشير الى زمن الادراك . فلو لم يكن مراده بأوان الاستحقاق زمن الادراك والا ما كان في قوله « فان أدركت » فائدة : قلت قاربت حسنا وأفدت أمرا

مستحسنا وحركت مه كان ما كنا . فاعلم أن قوله « فان أدركت الغلة قسمت على الفقراء » فيه فائدتان : الواحدة تعليم ناظر الوقف متى يصرف هذه الغلة على الفقراء فانه لو قال فاذا ظهرت الغلة أو نبتت الغلة تكون للفقراء لكان يفهم منه أنه يجوز للناظر أن يعطي الغلة الفقراء قبل ادراكها ولو لم يحصل به النفع التام للفقراء ، والناظر ممنوع عن تصرف يكون فيه نقص ، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يؤاجر الوقف بالأجر المثل ولو آجر بدونه يبطل الاجارة فولايته نظرية فما كان أنظر للوقف فعله وما كان فيه ضرر على الوقف تركه فلا ينفذ تصرفه فيه

الفائدة الاخرى أنه في معنى جواب عن سؤال مقدر ، وتقديره أن الواقف وقف على من يحدث له من الولد وليس له ولد وقد قلتم أنه يجوز ، فغلات هذا الوقف اذا جاءت لمن تكون ؟ فقال فان أدركت الغلة قسمت على الفقراء ، ليحصل به جواب عن هذا السؤال المقدر ويحترز عن الدخل الاول بلفظ أدركت . وعلى ان كلام الذخيرة مايعارض كلام هلال ، فانه ينقل من الفتاوى وغيرها وهو متأخر جدا ، وهلال معاصر الأئمة كالشافعي وأحمد والبخاري ومسلم . وفي الجملة ماذكرنا هذا التوفيق إلا ليحسن الظن بالمصنفين

وأما ماذكره الخصاف من قوله « حين تطلع الغلة » فظاهره موافق لما قال هلال لأنه يصدق على الزرع اذا ظهر من الأرض أنه طلعت الغلة ، وكذا معنى الشجر من الزهر على اعتبار الحقيقة أو اعتبار المجاز . وذلك لأن حقيقة الطلوع بدو الزرع وخروجه من الارض وذلك الطالع هو الغلة لأنه وان كبر وأدرك مايتغير عينه بل يسمو ويتزايد في نفسه فكان حقيقة لما يطلع من الارض أولا ولما يخرج من الغصون . وان قلنا المراد من قوله « حين تطلع الغلة » القمح عينه أو الحبوب أو نفس الثمر المتكاملة وانه على وجه المجاز فما يضره ، وذلك لان تسمية الشيء بما يؤول اليه تجوز قال الله تعالى « انى أرانى أعصر خمرا » وقال تعالى « إنك ميت وانهم ميتون » وهذه تسمية الزرع قمحا أو حبوبا باعتبار ما يؤول اليه تجوز على وجه المجاز . واذا جاز فصار قوله يوم تطلع الغلة نفس ظهورها من الأرض

ولا وقت الادراك مايقال له طلوع فيعتبر زمن الظهور حينئذ اما على اعتبار الحقيقة بأن نفس الزرع غلة واما على اعتبار المجاز بأنه غلة بما يؤول اليه ، وأيا ما كان فيجب اعتبار زمن الظهور من الارض لا وقت الادراك . ألا يرى أن أصحابنا قالوا فيما اذا قال اقتديت بهذا الشيخ فاذا هو شاب يصح ولو قال بهذا الشاب فاذا هو شيخ لايجوز ، وعللوا هناك بأن الشيخ لايمكن أن يعود شابا وأما الشاب فيصير شيخا

وأما ماذكره صاحب الهداية في التجنيس والمزيد مما قلنا انه يحتاج الى ايضاح فنذكر صورة ما قاله ثم نتكلم عليه : فصورة ماذكره قال « امرأة أخذت نصيبها من الوقف على وجه الحاجة ثم استغنت فهذا على وجهين اما ان استغنت قبل الخروج أو بعد خروجها قبل الادراك : في الوجه الاول عليها أن ترد وفي الوجه الثاني لا لأن الحق انما يثبت عند حدوث الغلة . فقوله « ثم استغنت » معناه ثم تبين غناها فجعل الجواب على التفصيل . اما ان استغنت قبل الخروج أي خروج الغلة أو بعده قبل الادراك وهذا ظاهر . وقوله « في الوجه الأول عليها أن ترد » معناه انها صارت غنية وقت استحقاق الغلة : وهو موافق لما قاله هلال ولما قررنا حيث قال عليها ان ترد لأنها قبضت مالا تستحقه . وفي الوجه الثاني لا ترد لأن أوان الاستحقاق جاء وهي فقيرة وما يضرها غناها بعد ذلك كما في الزكاة لو قبضها وهو معسر ثم أيسر لايجب عليه الرد ويسقط عن المزكى . وفي كلام التجنيس فائدة جليلة وهي ان وقت الادراك لاعبرة به لانه صرح فقال « أو بعد خروجها قبل الادراك » ثم قال « لأن الحق انما يثبت عند حدوث الغلة » فأفادنا هذا الكلام قوله « ان وقت حدوث الغلة » المراد منه خروجها من الأرض والنصوص وانما يسمى في ذلك الوقت غلة لأن حدوث الغلة المراد منه قرب الادراك أو وقت الادراك . وبهذا يجب ان يحمل كلام الخصاف وغيره من قولهم « حدوث الغلة أو مجيء الغلة أو يوم تأتي الغلة أو يوم تطلع الغلة » انه ليس المراد الادراك وان الزرع اذا خرج من الارض يسمى غلة . وكذا الثمار وهذا من

أهم مايجب على الفقيه الاعتناء به فلله الحمد على ما ألهم وعلم

وأما ماقاله الناصحى من « يوم حدوث الغلة ووقت حدوث الغلة » فيحمل على مافسره صاحب الهداية . وأما ماقاله فى التتمة من قوله « فانه ينظر الى مستحقيها يوم الادراك الى آخره » فمحمول على حالة الظهور من الارض لاعلى ان الادراك منه يوم الحصاد توفيقا بين الاقوال

وأما ماذكره قاضيخان من قوله « ووقت وجود الغلة الوقت الذى ينعقد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما » فهذا يشير الى أن فى المسألة اختلاف المشايخ . فمنهم من قال بأن تفسير وجود الغلة الوقت الذى ينعقد فيه الزرع حبا ، ومنهم من قال يوم يصير الزرع متقوما وهذا قول هلال . فصار لنا فى المسألة اختلاف المشايخ فى تفسير وقت وجود الغلة . وقال فى موضع آخر أعنى قاضيخان « يستحق الغلة من كان فقيرا وقت وجود الغلة فى قول هلال وعليه الفتوى » فلا يتوهم متوهم ان قوله « وعليه الفتوى » أى فى تفسير وقت وجود الغلة انما قوله « وعليه الفتوى » فى أنه يستحق الغلة من كان فقيرا زمن وجودها . فالحاصل أن فى ذلك اختلاف المشايخ . والأولى ان يكون العمل على ماقاله هلال وصاحب الهداية من اعتبار وقت الخروج لا الادراك لأنه اقرب الى أقاويل الأصحاب والقواعد المذهبية وهو اعدل ويحمل كلام صاحب التتمة على انه مال الى قول بعض المشايخ

وقال قاضيخان فى موضع آخر : لو وقف على فقراء جيرانه فان المعتبر فيمن كان جاره وقت قسمة الغلة لا وقت الادراك . وهو ظاهر الفرق بينه وبين ماتقدم من الوقف على الاولاد . وذلك لان الوقف على فقراء الجيران تصدق على اقوام بصفة فاذا زالت الصفة قبل القبض لا يستحقونها بخلاف ماتقدم لأنه غير مقيد بوصف ولا بصفة الفقر فلم يكن مجراه مجرى الصدقة ولهذا يأخذ منه الغنى والفقير

وأما ماذكره فى المحيط من قوله « وتكلموا فى معرفة اليوم الذى يجب فيه الحق فى الغلة وذكر قول هلال » الخ : فهو بحث حسن غير ان من تحرى كلامه ظهر انه يميل الى اشتراط المؤن والخراج وليس تحته طائل لأن الكلام فى معرفة

الوقت الذى يثبت فيه الحق فى الغلة لان المؤن والخراج مقدمان على المستحقين ولا شك ان الحق ثبت لهم بنفس الظهور وان كان الزرع فى ذلك الوقت لم يبن ألا ترى أنهم لو دفعوا المؤن والخراج من اموالهم وحصدوا الزرع كان لهم ذلك . فالذى قاله هلال أولى : فتلخص لنا من كلامهم هذا كله أن العمدة ماقاله هلال وهو اعتبار قيمة الغلة لاقبلها ولا بعدها . هذا فيما يتعلق بالوقف على الاولاد والاقارب

أما فى الاوقاف التى على جهات كالمدارس والترب والمساجد وما شاكل ذلك : فاعلم انه ذكر فى القنية عن الزاهدى معاصرته : اذا لم يدرس المدرس ولا يؤم الامام فى اكثر السنة فللمتولى أن يعطى كل واحد ماشاء اذا كان الوقف على كل من يدرس ويؤم ويؤذن ولا يعتبر وقت خروج الغلة . وذكر بعده ناقلا عن أم فى المسجد مدة مماأدركت غلة الوقف فيه مات معزولون عنه ، بخلاف رزق القاضى . ثم ذكر بعد هذا ناقلا عن (ط) أخذ الامام الغلة وقت الادراك ثم انتقل لايسترد منه حصة مابقى من السنة كالقاضى اذا مات وأخذ رزق السنة . وهكذا الحكم فى طلبة العلم فى المدارس يعنى اذا كان العطاء مسانهة فأخذ المتعلم وقت القسمة ثم ترك المدرسة . وذكر قبله ناقلا عن (عك) الاوقاف على الفقهاء تجوز للاغنياء اذا فرغوا أنفسهم للتفقه فانه أذن كالفقير وان لم يفرغ نفسه فان كان معينا جاز والا فلا . وذكر عن (فك عث) الوقف على المتفقهين المختلفين الى هذه المدرسة لابأس للغنى منهم أن يأخذ (شب حم) يستوى فيه الغنى والفقير . وفى (عث) للامام الذى اخذ غلة الامامة .

فهذه الفروع التى ذكرها صاحب القنية فيما ماهو صريح وذلك فى أن المدرس والامام والمؤذن لايعتبر فى حقهم وقت خروج الغلة وما ذاك الا لأن هذه الوظائف فيها شوب الاجارة ، وذلك لان المدرس يتردد الى مكان معين ويقرأ ويفيد الطلبة ويهدى ثواب قراءته الى الواقف ، وكذلك الفقيه والامام وهذا كله عمل ليس بواجب عليه فيه فكان القدر الذى يتناوله من الوقف الذى هو فى مقابلة هذا العمل فى معنى الاجرة . الاترى الى قوله فى الوقف على الفقهاء الحنفية

انه يجوز للغنى منهم أن يأخذه ولو لم يكن فى معنى الاجرة لما جاز للغنى أن يأخذ منه شيئا . فحيث جوزوا علمنا أنه انما جاز لكونه فى مقابلة عمل فيجوز أخذه قياسا على الاستئجار على أعمال الطاعات على اختيار المتأخرين وعليه الفتوى . واذا كان كذلك فالمدرس اذا مات فى اثناء السنة قبل مجىء الغلة قبل ظهورها من الارض وقد باشر مدة ثم مات أو عزل ينبغى أن ينظر وقت قسمة الغلة الى مدة مباشرته والى مباشرة من جاء بعده ويبسط المعلوم على المدتين ويقسم كم يكون منه للمدرس المنفصل والمتصل فيعطى بحساب مدته . ولا يعتبر فى حقه ما قدمناه من اعتبار زمن مجىء الغلة وادراكها كما اعتبر فى حق الاولاد فى الوقف عليهم بل يفترق الحكم بينهم وبين المدرس والفقيه وصاحب وظيفة ما من جهات البر للمعنى الذى قدمناه وهذا هو الاشبه بالفقه والاعدل . وفيها ما هو فى الظاهر مخالف لما قررناه ولكن اذا أمعن الفقيه فيه التأمل ثبت له أنه لا مخالفة فيه : وهو الفرع الذى نقله فى القنية عن (ط) من قوله « أخذ الامام الغلة وقت الادراك ثم انتقل لا يسترد منه حصة ما بقى من السنة » وقوله « وهكذا الحكم فى طلبة العلم فى المدارس » ووجه المخالفة أنه لما نظر الى وقت الادراك علمنا انه لم ينظر الى المباشرة وانما ألحقه بالاقارب والاولاد . والجواب على هذا انا نقول ان فى الجامكية شوب الاجرة وشوب الصلة وشوب الصدقة ولو رجحنا شائبة الاجرة على البقية لوجب الاسترداد وهو قول بعض المشايخ انه يسترد منه ، ولو رجحنا شائبة الصلة فى كل الاحوال لما كنا نعتبر غير حالة القبض فقط لان بها تملك الصلات ، ولو رجحنا شائبة الصدقة فقط لما كنا نقول انه يجوز للغنى أن يأخذ من معلوم المدارس أصلا ، وقد نصوا على أنه يجوز له الاخذ فلا بد أن ينظر فى ذلك كله ويعمل فى كل شائبة بحسبها من غير اخلال بالاخرى ، فأعملنا شائبة الاجرة فى اعتبار زمن المباشرة وما يقابله من المعلوم ، وأعملنا شائبة الصلة بالنظر الى المدرس اذا قبض معلومه ومات أو عزل أنه لا يسترد منه حصة ما بقى من السنة ، وأعملنا شائبة الصدقة فى تصحيح أصل الوقف فان الوقف لا يصح على الاغنياء ابتداء لانه لا بد فيه

من اشياء قربة ولا يكون الا بملاحظة جانب الصدقة وهـذا فى كل الاوقاف من الاوقاف على الاولاد والاقارب والمدارس أو غير ذلك .

هـذا مما يفنا فى تمهيد الكلام فى ° ه لا مخالفة بين ما ذكره فى (ط) وبين ماقررناه أولا ، وذلك لان قوله « أخذ الامام الغلة وقت الادراك ثم انتقل لايسترد منه حصة مابقى من السنة » فذكر الادراك لاجل تحقق القبض وهل يسترد بعد حقيقة القبض أم لا ؟ لانه سيق لبيان أن وقت الادراك الوقت الذى يثبت فيه الحق للامام والطلبة لانه قد تقرر لنا فى الوقف على الاولاد أن المعتبر على الصحيح وقت مجىء الغلة أو حدوث الغلة . وبيان هذه الالفاظ هو أنه ليس به شائبة اجرة أصلا من غير اعتبار زمن الادراك وهذا الاشك أن فيه شائبة أجرة فبالطريق الاولى لايعتبر زمن الادراك هنا أيضاً .

بقى هل يعتبر زمن الطلوع كما فى حق الاولاد أم لا ؟ الظاهر أنه لايعتبر بل يكون على حكم المباشرة بالبسط لانه أعدل كما قدمناه والله تعالى أعلم .

المسألة الرابعة من المتفرقات: اذا آجر ناظر الوقف الموقوف مدة تزيد على المدة المقدرة فى كتب الاصحاب ولم يكن فى شرط الواقف تقدير مدة الاجارة ولا أنه لا يستأنف عقداً حتى ينقضى العقد الاول بان آجر الوقف مثلا أربع سنين أوست سنين والموقوف ضيعة أو آجر سنتين أو ثلاثا مثلا والموقوف دارا وحانوت فهل يقال ان السنة الزائدة فى اجارة الحانوت أو السنتين على الاختلاف وقعت الاجارة فيها غير صحيحة تستحق الفسخ وتصح السنة الاولى بحصتها من الاجرة؟ أو يقال ان الاجارة بمجموعها فاسدة وفسخ العقد فى المدة كلها ؟ وكذا فى اجارة الضياع اذا وقعت الاجارة على مدة أربع سنين أوست سنين هل يقال ان السنة الزائدة على الثلاث أو الثلاث الزائدات على الثلاث الأول لا تصح الاجارة فى السنة الزائدة أوالثلاث الزائدات وحدهن ويصح فى البقية أم لاتصح فى كل المدة المعينة فى الاجارة بمجموعها ؟ وهل يفترق الحكم فى اذا كانت الاجارة عقدا واحدا أوعقودا وكل عقد مثلا مقداره مقدار المدة التى تجوز الاجارة

فيباشرها ثم لا يفترق الحال ؟ وتحرير الكلام فى ذلك :

ذكر فى شرح مجمع البحرين لابن الساعاتى قال : فصل فى اجارة الوقف : يتبع شرط الواقف فى اجارته فان أهمله قيل يطلق وقيل يقيد بسنة . ويختار للفتوى أن يؤجر الضياع ثلاث سنين وغيرها سنة . وهذا الفصل جميعه من الزوائد . فان أهمل ذلك ولم يقيد الاجارة قال المتقدمون من أصحابنا يجوز اجارته أى مدة كانت . وقال المتأخرون لا يجوز اجارته أكثر من سنة واحدة لانه اذا طالت مدة الاجارة أدى ذلك الى تملك الوقف واندراسه . وانما قالوا ذلك لقلة أهل العلم والصدق . وقيل يجوز فى الضياع ثلاث سنين ولا يؤجر غيرها الا سنة واحدة وهذا هو المختار للفتوى لان الرغبات فى الضياع لا تتوفر اذا نقصت المدة عن ذلك . وفى غيرها لا ضرورة الى الزيادة على السنة فيتقيد بها . وذكر فى الاختيار شرح المختار قال : فصل لا تجوز اجارة الوقف أكثر من المدة التى شرطها الواقف لانه يجب اعتبار شرط الواقف ، وان لم يشترط مدة فالمتقدمون من أصحابنا قالوا يجوز اجارته أى مدة كانت والمتأخرون قالوا لا يجوز أكثر من سنة لئلا يتخذ ملكا بطول المدة فتندرس سمة الوقفية ويتسم بسمة الملكية لكثرة الظلمة فى زماننا وتغلبهم واستحلالهم وقيل يجوز فى الضياع ثلاث سنين وفى غير الضياع سنة هو المختار لانه لا يرغب فى الضياع اقل من ذلك . وذكر فى متن البحر المحيط قال : ولا تجوز الاجارة الطويلة على الوقف ولو احتيج اليها فالوجه فى ذلك أن يعقدوا عقودا متفرقة مترادفة كل عقد على سنة ويكتب استأجر فلان ابن فلان كذا ثلاثين سنة بثلاثين عقدا كل عقد على سنة ، فيكون العقد الاول لازما لانه ناجز ويكون العقد الثانى غير لازم لانه مضاف .

وان آجر متولى الوقف دارا موقوفة أو أرضا موقوفة أكثر من سنة فان كان الواقف شرط ألا يؤاجر أكثر من سنة والناس لا يرغبون فى استئجارها سنة وكانت اجارتها أكثر من سنة أدر على الوقف وأنفع لا تجوز اجارته أكثر من سنة : فان كان قد شرط ألا يؤاجر أكثر من سنة الا اذا كان أنفع للفقراء فحينئذ يجوز اجارته أكثر

من سنة اذا رأى ذلك خيرا للفقراء . وان لم يشترط في الوقف ألا يؤاجر أكثر من سنة ، روي عن الفقيه أبي جعفر أنه كان يقول في الدور لايؤاجر أكثر من سنة ، وأما في الارض فان كانت الأرض تزرع في كل سنة فكذلك ، وان كانت في كل سنتين مرة أو في كل ثلاث سنين مرة أو تزرع في كل سنة طائفة منها فينبغي أن يشترط في المدة ذلك القدر الذي يتمكن به المستأجر من زراعة الكل على العادة . وكان الشيخ الامام أبو حفص البخاري يجيزه في الضياع ثلاث سنين وكان لايجيز في غير الضياع أكثر من سنة واحدة . وكان الفقيه أبو الليث يجيز ذلك في ثلاث سنين في الضياع والدار وغيرها . وقال الصدر الشهيد في واقعاته : المختار أن يفتى في الضياع بالجواز في ثلاث سنين الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز ، وفي غير الضياع يفتى بعدم الجواز فيما زاد على السنة الا اذا كانت المصلحة في الجواز وهذا أمر يختلف باختلاف الموضع واختلاف الزمان وكان القاضي أبو علي النسفي يقول لاينبغي للمتولي أن يؤاجر أكثر من ثلاث سنين ولو فعل جازت الاجارة وصحت ، وعلى هذا القول لايحتاج الى الحيلة التي ذكرناها في الاجارة من الطويلة . وفي وقف الخصاف : الواقف اذا آجر الوقف اجارة طويلة فان كان يخاف على رقبتها التلف بسبب هذه الاجارة فللحاكم أن يبطلها وكذلك ان آجرها من رجل يخاف على رقبتها من المستأجر فينبغي للحاكم ان يبطل الاجارة . ومثله في الذخيرة . وذكر في فتوى قاضيخان مثل ما نقلناه وزاد فقال : ولو أن القيم آجر دار الوقف خمس سنين قال الشيخ أبو القاسم البلخي لاتجوز اجارة الوقف أكثر من سنة الا لأمر عارض يحتاج الى تعجيل الاجر بحال من الاحوال . وقال الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل انا لا أقول بفساد هذه الاجارة اذا آجر مدة طويلة لكن الحاكم ينظر فيها : ان كان ضررا بالوقف أبطلها . وهكذا قال الامام أبو الحسن علي السغدي فان احتاج القيم أن يؤآجر الوقف اجارة طويلة قالوا فالوجه فيه أن يعقد عقودا مترادفة كل عقد على سنة ويكتب في الصك استأجر فلان ابن فلان أرض كذا أو دار كذا ثلاثين سنة بثلاثين عقدا كل عقد على سنة بكذا من غير أن

يكون بعضها شرطا فى بعض فيكون العقد الاول لازما لانه ناجز والثانى غير لازم لانه مضاف قلت : وكان فيما قالوا نظر فانهم قالوا الاول لازم والثانى غير لازم لانه مضاف ، وذكر شمس الأئمة السرخسى أن الاجارة المضافة تكون لازمة فى احدى الروايتين وهو الصحيح . وذكر فى المحيط قال : اذا أراد المتولى أن يعقد على المنفعة أو على العين فان عقد على المنفعة بأن آجره سنين معلومة بأجرة مثلها ينظر : ان كان الواقف اشترط ألا يؤآجر أكثر من سنة لايجوز لان شرط الواقف مراعى ، وان لم يشترط ذلك قال المتقدمون من مشايخنا ان له ذلك لان الواقف فوض الأمر الى المتولى فنزل بمنزلة الواقف والواقف أن يؤآجره سنين كثيرة فكذا من يقوم مقامه . وقال المتأخرون من مشايخنا لايجوز أكثر من سنة واحدة لانه ارحاز ذلك يخاف على الوقف أن يتخذ ملكا، وكان الشيخ أبو حفص الكبير يجيز الاجارة فى الضيع ثلاث سنين لان مصلحة الوقف فى ذلك ولا يجيز فى غير الضياع أكثر من سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة فى الضياع فى عدم جواز اجارته ثلاث سنين وفى غير الضياع المصلحة فى جواز اجارته أكثر من سنة واحدة ، وهذا أمر يختلف باختلاف الموضع والزمان وهو المختار للفتوى . وكذا المزارعة والمعاملة : وذكر فى الخلاصة فى الفتاوى قال : المتولى اذا آجر دار الوقف أكثر من سنة ، ان كان الواقف شرط فى صك الوقف ألا يؤآجر أكثر من سنة لايجوز ، وان لم يشترط شيئاً جاز مقدار سنة الى ثلاث سنين كذا اختار الفقيه أبو الليث . وقال الشيخ أبو حفص الكبير فى الضياع يجوز الى ثلاث سنين وفى غير الضياع لايجوز أكثر من سنة ، وقال القاضى الامام على السغدى لاينبغى له أن يفعل ولو فعل صحت الاجارة . وذكر فى الفتاوى الكبرى للخاصى . متولى الوقف اذا آجر داراً موقوفة أكثر من سنة واحدة فان كان الواقف شرط ألا يؤآجر أكثر من سنة لايجوز لان شرط الواقف مراعى ، وان لم يكن شرط ذلك تكلموا فيه : كان الشيخ أبو حفص البخارى يجيز فى الضياع ثلاث سنين ولا يجيز فى غير

الضياع أكثر من سنة واحدة . وكان الفقيه أبو الليث يجيز في ثلاث سنين ونحو ذلك مما يجري بين الناس مطلقاً من غير تفصيل . فاذاً المختار في الضياع أن يفتي بالجواز في ثلاث سنين الا اذا كانت المصلحة في عدم الجواز وهذا أمر يختلف باختلاف الموضع والزمان . وذكر في موضع آخر أن الاختيار أن الواقف اذا شرط في وقفه ألا يؤاجر أكثر من سنة واحدة لم تجز الاجارة وان كان الواقف لم يشرط ذلك جازت الاجارة ، لم تكن المدة الطويلة فاحشة .

وذكر هلال في وقفه قال: ان آجرها الواقف سنة أو سنتين قال نعم الاجارة جائزة اذا آجرها الى وقت معلوم . قلت : أرأيت الواقف اذا آجرها سنين معلومة ثم مات هل تنتقض الاجارة قال القياس أن تنتقض الاجارة ولكن أستحسن ان أجعلها الى الوقت الذي سمى . وذكر الخصاف في وقفه قال : قلت أرأيت ان آجر الواقف الارض سنين معلومة ثم مات قبل أن تنقضي مدة الاجارة قال لاتبطل الاجارة .

قلت : فتحرر لنا من هذا أن المتقدمين من أصحابنا لم يقدروا لاجارة الوقف مدة بل جوزوا اجارته مطلقاً أي مدة كانت سواء كان الموقوف ضيعة أو غيرها . وظاهر مانقلناه من وقف هلال والخصاف يدل عليه . والمتأخرون من الاصحاب تعرضوا لتقديرها : فمنهم من قال لايجوز أكثر من سنة واحدة ومنهم قال لا تجوز اجارة الوقف أكثر من سنة الا لأمر عارض ، والقائل بهذا القول هو الشيخ أبو القاسم البلخي . والشيخ أبو حفص الكبير البخاري كان يجيز في الضياع ثلاث سنين ولا يجيز في غيرها أكثر من سنة واحدة . وقال الفقيه أبو الليث يجوز من سنة الى ثلاث سنين وقال الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل البلخي والامام شيخ الاسلام ابو الحسن علي السغدي انه لايقال بفساد هذه الاجارة أي اذا آجر الوقف خمس سنين ولو آجر مدة طويلة لكن الحاكم ينظر ان كان فيها ضرر بالوقف أبطلها . وقال القاضي أبو علي النسفي لا ينبغي للمتولي أن يؤاجر أكثر من ثلاث سنين ولو فعل جازت

الاجارة وصحت . وحكى فى الخلاصة فى الفتاوى عن الامام السغدى أنه لاينبغى له ان يفعل ولو فعل صحت الاجارة .

فاجتمع لنا من أقوال المتأخرين على عدم اشتراط التقدير فى مدة الاجارة قول ركن الاسلام أبى الحسن على السغدى وقول أبى بكر السعدى وقول القاضى أبى على النسفى فصار قول المتقدمين من أصحابنا وقول هؤلاء المشايخ من المتأخرين جهة واحدة ، وقول الشيخ ابى حفص الكبير وحده جهة واحدة وهو الذى قال فى المختار ان الفتوى عليه ، وكذا فى مجمع البحرين وأما قول أبى الليث فهو يفارق ماقاله أبو حفص الكبير فى أنه سوى بين الضياع والدور ، ولم ينصوا على ان الفتوى عليه . وأما ماقاله الصدر الشهيد فى واقعاته مما ذكرنا عنه فهو أيضا لم يوافق أبا حفص فى الاطلاق فانه جعل الامر مختلفا باختلاف الموضع والزمان ، وقد نص على ان الفتوى عليه ، ووجب أن يحمل اطلاق أبى حفص الكبير على ماذكره الصدر الشهيد من اختلاف الزمان والموضع لأنا ان أجريناه على ظاهره لم يفصل بين موضع وموضع وزمان وزمان بل يكون الجواب أنه لايجوز اجارة الوقف فى الضياع أكثر من ثلاث سنين ولا فى غيرها أكثر من سنة فى كل المواضع والأزمنة ، وفيه مخالفة بينه وبين ماقال الصدر الشهيد . وان حملناه على ماقاله الصدر الشهيد لم يبق مخالفة وهو أولى فصار ماذكره فى المجمع وشرح المختار ومن صرح بأن الفتوى على أنه فى الضياع ثلاث سنين وفى غيرها سنة مقيدا باختلاف الموضع والزمان لا أنه فى كل الأماكن والازمنة فاذا كان الموقوف ضيعة وهى فى موضع لايرغب فى استئجارها ثلاث سنين أوفى زمان يخاف من أهله على الوقف فانه على ماقاله الصدر الشهيد وحمل كلام أبى حفص عليه لا يؤاجر أكثر منها ، وان كان ضد ذلك فيجوز أن يؤاجر أكثر من ثلاث سنين فى الضياع وفى غيرها فاطلاق شرح المختار والمجمع يحمل على الذى ذكرناه وقررناه لأنه يعمل بظاهره

فاذا تقرر لنا هذا صار الكلام بصدد ذلك فى موضعين الموضع الاول : اذا دار الامر بين أن يعمل بقول المتقدمين وبقول من ذكرنا من المتأخرين ، لايجوز

ان يعدل عن أقوال المتقدمين أجمع وأقوال من ذكرنا قوله من المتأخرين ويعمل بقول الصدر الشهيد وأبى حفص الكبير على المحمل الذى قررناه أولا . الموضع الثانى : انه اذا أوجب الحال المصير الى قول أبى حفص والصدر الشهيد وكان الزمن مما يخاف فيه على الوقف اذا أوجر أكثر من ثلاث سنين فأوجر أربع سنين او خمس سنين هل يقال ان الاجارة غير صحيحة فى كل المدة ام فى الزائد على الثلاث سنين ويكون الجواب فيها سوى الضياع كذلك ؟ وهذا الموضع الثانى تقدم ذكره فى السؤال فى صدر المسألة فنقول وبالله التوفيق

وأما الكلام فى الموضع الاول فانه يجب العمل بأقوال المتقدمين من الاصحاب رحمهم الله لوجوه ، الاول لوفور علمهم واجتهادهم . الثانى لقربهم من عصر الامام والأئمة الاعلام . الثالث لحسن نظرهم وقوة تحريهم للمسائل التى لم يوجد فيها رواية منصوصة . الرابع لان ما قالوه موافق للأصل المعروف من ان المقادير لاتعرف الا سماعا لامدخل للقياس فيها . الخامس ان قولهم لايخلو اما أن يكون عن رواية وهو الظاهر اولا عن رواية لكنه موافق للقواعد والفروع والشواهد . وأما البحث عن بيان الرواية فلا قدرة لنا عليه لأنا لم نقف فى ذلك على رواية منقولة عن الامام ولا عن أبى يوسف ومحمد . وأما البحث عن انه موافق للقواعد والفروع والشواهد فهو ان بيع المنافع كبيع الأعيان وهو أصلها وفى بيع الاعيان لم يحفظ التقدير فيها بمدة عن احد من الاصحاب ولا من أهل العلم فكذا فى بيع المنافع لانها فرعها ، فلا يرد السلم لا مخرج بالنص فلا يقاس عليه .

السادس أما لو تنزلنا وقلنا ان قول المتقدمين عن تخريج لا عن رواية فقد تأيد بموافقة من قال من المتأخرين وهم الأشياخ الاعلام ركن الاسلام أبو الحسن على السغدى وكفى به مؤيدا وأبو بكر البلخى الذى غالب فتوى أبى الليث أخذت عنه والقاضى أبو على النسفى علامة وقته والامام أبو القاسم البلخى فان ظاهر كلامه يشعر بأن الاولى لناظر الوقف ألا يؤاجره أكثر من سنة فهؤلاء كلهم توافقوا فى القول بعدم التقدير ، ولا شك أن لاجتماع الآراء قوة معتبرة

كما قال أصحابنا في حق الامام أبي يوسف ومحمد وأنه اذا كان الامام في طرف وهما في طرف فانه يخير المفتي والأولى أن يفتي بقول الامام واذا كان احدهما معه لايجوز أن يفتي بخلافه، فلحظوا أن للاجتماع قوة زائدة فنحن أولى أن نعمل بهذا الضابط في حق أصحابه ، ولا يرد علينا ماقيل أن الفتوى عليه وان كان قول زفر كمثل الوكيل بالخصومة هل يكون وكيلا بالقبض ؟ وقد قالوا إنه يكون وكيلا وقال زفر لايكون وكيلا والفتوى على قوله، لأنا نقول هو قول عن الامام أيضا كما نقله أبو نصر البغدادي في تاريخ أبي حنيفة وأصحابه ونقل عن زفر انه قال ماقلت بقول ألا قال به أبو حنيفة وكذا أورده في حق أبي يوسف ومحمد ولا يمكن أن يقول هذا القول غير هؤلاء من بقية الاصحاب .ولا يقال ان ما قاله أبو حفص والصدر الشهيد يلحق بالمذهب باعتبار أنه مخالف لاختلاف العصر والزمان لا لاختلاف حجة وبرهان وأن الامام لو كان في زمنهم لقال به لأنا نقول هذا حسن أن لو كان قائلا به فانه يفوض الامر فيه الى القاضي فان رأى أن المدة مما يخاف على الوقف فيها أبطل الاجارة وان كان لا يخاف لا يبطلها لا أنهما يقدران لاختلاف العصر والزمان بثلاث سنين في الضياع وفي غيرها بسنة، لأنه ان كان الخوف في زمانهم على الوقف اذا زادت المدة على هذا القدر فجاز أن يتغير بعدهم ويخاف عليه في أقل منها وهو الظاهر من حال الناس في الزمان كلما الى ادبار والطمع في أهله والتطلع الى أخذ الاملاك والاستيلاء على الاوقاف أكثر من الزمان الذي كانا فيه فصار الحال لاختلاف العصر والزمان في التفويض الى رأى القاضي لا الى التقدير بثلاث سنين أو سنة فلم يبق دوران الحكم على ثلاث سنين في سائر الازمنة فلا يجوز أن يوضع ويثبت عليه المذهب أن الفتوى عليه فان من وقف على هذا القول ممن لم يقف على ماوقفنا عليه مايظن الا أنه هو المذهب المروى عن أبي حنيفة وخصوصا أنه نقله صاحب الاختيار في شرح المختار للفتوى وفي ذهن العوام الضعفة من الفقهاء أنه هو المعتمد في المذهب وأن جميع ما فيه لايجوز أن يفتى بخلافه بل غالبهم ما يعرف زمن مصنفه ويظن أنه من المتقدمين

الاعلام ولو وقف على كلام شمس الأئمة السرخسي ووجده مخالفا له لا يلتفت اليه ويقول قد قال في المختار للفتوى . فالواجب اتباع المتقدمين في أمر الدين وشكر المتأخرين على تهذيب كلامهم وتسهيله لمن بعدهم فجزاهم الله خيرا ورضي عنهم أجمعين .

وأما الكلام في الموضع الثاني فنقول : الظاهر أنه انما يفسخ العقد في المدة الزائدة على ثلاث سنين ان كان المأجور ضيعة أو على سنة ان كان غيرها . وذلك لأن الاصل عندنا أن العقد في الاجارة يتجدد حكما عند حدوث كل منفعة لأن المنافع تقدر وقت العقد حقيقة ويرد العقد عليها حتى جعلوا أن الاجارة تنفسخ بالاعذار الظاهرة وتستحق الفسخ بالاعذار الباطنة الخفية ولا يظهر ذلك الفسخ في مجموع المدة وانما يظهر فيما بقي منها وان كان كذلك لانه بالعذر تعذر المضي في الباقي من المدة لحصول العذر فتعذر أن يقدر العقد عند حدوث كل منفعة فلهذا قالوا بأن الاجارة تفسخ فيما بقي من المدة ، ولو كانت المنافع تقدر موجودة عند العقد لما جاز أن يقال هذا لأن فيه تفريق الصفقة على المؤجر وهو يتضرر بذلك فلا يجوز . وهذا الذي نحن فيه يشابه هذا من حيث انه تعذر المضي في بقية المدة لأن تصرف الناظر على الوقف وولايته كل منها أمر نظري ، فما كان أنظر للوقف فعله وما كان فيه ضرر على الوقف لا يعتبر تصرفه في حق الوقف ، كما قالوا انه اذا آجر بدون أجر المثل لا يجوز واذا عقد عليه من يخاف تغلبه على الوقف لا يجوز . وهنا لما كانت المدة الزائدة مظنة الخوف على الوقف وأنه يتضرر بها زالت ولايته على الوقف عن التصرف فيها فتعذر أن يقدر فيها أنه عقد عند حدوث كل منفعة لان ما تعذر من حيث الحقيقة هو متعذر من حيث الحكم ، ويكون تعذر العقد منه حقيقة وكذا حكما تعذر المضي فاستحقت الفسخ كما في الأعذار ، وثمة لا يظهر عمل الفسخ في كل المدة بل في باقيها فكذا هنا . لا يقال ان كان كذلك ينبغي ان تنفسخ اجارة ناظر الوقف بموته لأنه تعذر العقد من جهته عند حدوث كل منفعة فتعذر المضي فاستحقت الفسخ ، لانا نقول ناظر

الوقف نائب عن الفقراء فيما لهم النفع فيه والمصلحة فما كان من تصرفه أنفع لهم أمضى، وما كان فيه ضرر بهم يفسخ، وبموته لم يحصل الضرر لهم فشابه الوكيل مع الموكل والوصى مع الموصى، وأما هنا الضرر يخشى منه والمدة مظنته فيرد عليه تصرفه فيه خاصة لانها لاضرر فيه وهو الثلاث من السنين فى الضياع والسنة فى غيرها . وهـذا البحث ما سمعته من أحـد قبلى وجاريت فيه أعيان الفقهاء من المذهب فلم يحصـل منهم تعرض اليه فى كلامهم ولالى أيضاً فى ذلك الوقت وانما فتح الله سبحانه وله المنة على به وقت سمعى لهـذه المسألة تفضلا منه وتكرما فله الحمد أولا وآخرا كما يحب و يرضى وهذا كله ثمرة سؤالى له سبحانه وتعالى فى الكشف عن هذه المسألة لما علم من أنى وقصدى وهو نعم المولى ونعم النصير

فاذا تقرر لنا هذا جئنا الى ذكر تقسيم مايقع فى هذه الاجارة من الصور فنقول لايخلو اما أن عقدا على هذه الاجارة هذه المدة الكثيرة عقدا واحداً وعقود . فان كانا عقدا عليها عقداً واحدا اشتمل مثلا على ست سنين جملة فنقول تفسخ فى الثلاث الثانية وتصح فى الثلاث الاولى لكون المنافع تترتب عقيب العقد ، وان كان عقدا عقودا متفرقة فلا يخلو : اما أن كان كل عقد سنة أو سنتين أو ثلاثا فان كان سنة فيصح منها ثلاثة عقود و يفسخ فى الباقى ، وان كان كل عقد سنتين فيصح فيه عقد ونصف عقـد و يفسخ فى الباقى ، ولا يقال ان العقـد حصل على سنتين فان انتصفنا فرقت الصفقة فتضرر المستأجر ، لأنا نقول المنظور اليه حدوث المنفعة لا العقد على ماتقرر فلم يبق فيه تفريق الصفقة على أحـد . وان كان العقد ثلاثا جاز منه فى عقد واحد وتفسخ فى الباقى للمعنى الذى ذكرناه

بقى بيان معرفة من يطلب هذا الفسخ فى المدة الزائدة من القاضى هل يقال انه يطلبه ناظر الوقف أو المستأجر؟ أولا يفتقر الى طلب أحد بل اذا دخلت المدة الزائدة تنفسخ الاجارة فيها بنفس الدخول كالعذر الظاهر الذى لايحتاج فيه الى فسخ الحاكم، أم ذلك مفوض الى رأى القاضى بمعنى أن ينصب شخصاً يدعى بالفسخ حسبة : الظاهر أن ذلك لناظر الوقف ولا يمنع منه كونه هو الذى باشر العقد ولا

يكون هنا تناقضا منه ، كما قال أصحابنا فى الوصى اذا باع مال الصغير ثم ادعى انه باع بغبن فاحش تسمع دعواه ، واقدامه على البيع لا يمنع دعوى الفساد ، وكذا متولى الوقف اذا باع غلة الوقف ثم ادعى أنه باع بغبن فاحش تسمع دعواه وتناقضه هذا لا يمنع دعواه ذكر الفرعين الزاهدى فى القنية . فلنا هنا أن نقول ان الدعوى لناظر الوقف قياسا على الدعوى فى الغلة لان المنافع هنا تقاس على الاعيان ولا شك أن الدعوى منه صحيحة لأنه يطلب منه تسليم المأجور كما فى الدعوى فى امضاء الفسخ فى الاجارة بالاعتذار . ولا تصح من المستأجر لأنه لا يطلب بدعواه حقا منع منه ، اللهم الا أن يقال تصح منه الدعوى أيضا اذا كان عجل الاجرة عن المدة الزائدة ثم رفع ناظر الوقف الى القاضى فطلب منه الاجرة بحكم أن الاجارة فى المدة الزائدة مستحقة الفسخ لتعذر المضى فيها كما قلنا فى الدعوى فى امضاء الفسخ فى الاجارة بالعذر اذا كانت من جهة المستأجر بهذا الطريق ، والحسبة لا تجرى هنا الا اذا كان الوقف منجزا على الفقراء محضا لله تعالى فانه يملك ذلك القاضى قياسا على بقية الحقوق المحضة لله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم . وهذه المسألة وقعت زمن قاضى القضاة صدر الدين سليمان وطلب ناظر الوقف فسخ الاجارة من قاضى القضاة سليمان المذكور وحصل فيها اختلاف بين المشايخ فى ذلك العصر ورأى قاضى القضاة صدر الدين سليمان المشار اليه أن الفسخ يقع فى المدة الزائدة لا فى مجموع مدة الاجارة ، وقال أيضا القاضى عماد الدين المذكور ان خاله قاضى القضاة صدر الدين على كان يروى ذلك واستثبت منه هذه الحكاية فثبت عليها وجزم بما قاله عن خاله المذكور ورواه عنه لى وسألته عن المأخذ فقال لا أدرى ولا ذكر لى خالى ذلك لا عن نفسه ولا عن الصدر سليمان وقصدت باثبات هذه الحكاية فى هذه المسألة حتى يعرف أن الذى قلته بما سبقت اليه من هذين القاضيين الكبيرين وانما زدته ما رأيت

المسألة الخامسة من المتفرقات : اذا قال اشهدوا انى وقفت دارى التى فى محلة كذا على جهة كذا ولم يحددها هل يصح هذا الوقف أم لا ؟ وهل تقبل هذه

الشهادة أم لا؟ وتحرير الكلام فى ذلك كله فنقول وبالله المستعان

ذكر هلال فى وقفه قال (باب الشهادة فى الوقف) قلت. أرأيت رجلا شهد عليه شاهدان أنه وقف أرضه ولم يحدها الشاهدان قال الشهادة باطلة. قلت: ولم؟ قال لانهما لايدريان ماشهدا به ولا يدرى الحاكم مايحكم به وهذا عندى كالمجهول وهو كالبيع. قلت: أرأيت ان حدها أحدهما ولم يحدها الآخر قال فالشهادة باطلة لاتجوز قلت: وكذلك ان حداها بثلاثة حدود قال فالشهادة جائزة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وأما على قول زفر فالشهادة باطلة قلت. أرأيت اذا قال الشاهدان نشهد أنه وقف أرضه وحددها لنا ونسينا الحدود قال فالشهادة باطلة لاتجوز. قلت: أرأيت ان قالا جميعاً لم يحدها لنا ولكنا نعرف الحدود قال فالشهادة باطلة لاتجوز قلت: وكذلك لو قالا جميعا لم يكن له بالبصرة الا تلك الارض قال نعم وهذا والباب الاول سواء قلت. ولو قالا أشهدنا فى الارض وهو فيها انه قد وقفها ولم يحدها لنا قال فالشهادة جائزة قال ويكلف المدعى للوقف شاهدين على معرفة الحدود. وذكر فى فتاوى قاضيخان قال: ولو شهد شاهدان أنه وقف أرضه ولم يحدها لنا ولكنا نعرف أرضه لاتقبل شهادتهما لعل للواقف أرضا أخرى سوى التى يعرف الشاهدان هو كذا لو قالا لانعرف له أرضا أخرى لم تقبل شهادتهما لعل له أرضا أخرى وهما لايعلمان. ولو قالا أشهدنا على وقف أرضه وهو فيها ولم يذكر لنا حدودها جازت شهادتهما لأنهما شهدا على وقف أرض بعينها الا أنهما لم يعرفا الحدود فلم يتمكن الخلل فى شهادتهما. ولو شهدا أن الواقف وقف أرضه وذكر الحدود ولكنا لانعرف تلك الارض انها فى اى مكان جرت شهادتهما ويكلف المدعى اقامة البينة أن الارض التى يدعيها هى هذه الارض.

وذكر فى الذخيرة: اذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه ولم يحدها الشاهدان فالشهادة باطلة وكذا ان حدها أحدهما دون الآخر كانت الشهادة باطلة، وكذلك أن شهدا انه وقف أرضه التى فى موضع كذا وقالا لم يحدها لنا

فالشهادة باطلة . وقال الخصاف الا أن تكون أرضا مشهورة تغنى شهرتها عن تحديدها فان كانت كذلك قضيت بأنها وقف . وان شهدا أنه وقف أرضه التي في موضع كذا وحدها لنا الا انا نسينا الحدود لم تقبل شهادتهما لانهما شهدا على انفسهما بالغفلة ، فان قالا لم يحدها لنا ولكنا نعرف الحدود ، ذكر هلال أن القاضى لايقبل شهادتهما . قال القاضي الاستاذ الكبير أبو زيد فتأويل هذا أنهم لم يبينوا للقاضي أما اذا بيناه وعرفاه تقبل . وذكر الخصاف في هذه الصورة : أني اجيز الشهادة وأقضى بالارض بحدودها وقفا وأقول للشهود سموا الحدود وأقضى بما يسمون ويحددونه ، قال هلال وكذا لو قالا لم يكن له في المصر الا تلك الارض لم تقبل ، وان شهدا انه حدها لنا ولكن لا نذكر الحدود التي حدها لنا فالشهادة باطلة

وذكر الخصاف في وقفه في باب الشهادة في الوقف ، قال ، قلت فما تقول اذا شهد شاهدان انه أقر عندهما أنه وقف أرضه التي في موضع كذا وقالا لم يحدها لنا قال الوقف باطل الا أن تكون أرضا مشهورة تغني شهرتها عن تحديدها فان كانت كذلك قضيت بانها وقف قلت : فان حددها أحدهما وقال أقر عندي بهذه الحدود وقال الآخر لم يحددها قال الوقف باطل لا يجوز من قبل أني لا أقضى الا بأمر معروف بين . قلت : فان شهدا أنه أقر عندهما أنه وقف أرضه هذه أو داره هذه ونحن جيرانه ونحن نعرف حدودها ولم يحدها لنا قال اجيز الشهادة وأقضي بالدار أو الارض بحدودها وقفا وأقول للشهود سموا الحدود فاقضي بما يسمون وما يحدون . قلت : فان شهدا أنه وقفها وحددها لنا ولكن لا نذكر الحدود التي حددها لنا قال فالشهادة باطلة

وذكر في الخلاصة في الفتاوى مثل ماذكر قاضيخان وقد قدمناه . وذكر في خزانة الاكمل : لو قال الشهود وقفها وحددها لنا ونحن قد نسينا حدودها ، وقالوا ماحددها لنا لكنا نعرف حدودها أو قالوا لم يكن في هذا المصر الا تلك الأرض لاتجوز هذه الشهادة . أما لو قالوا أشهدنا في الارض وهو فيها حين وقفها ولم يحدها لنا جازت اذا عرفوها

وذكر فى الفتاوى الظهيرية : لو شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه ولم يحدها لنا ولكنا نعرف الحدود ذكر هلال أن القاضى لايقبل شهادتهما . قال القاضى أبو زيد تأويل هذا أنهما لم يبينا للقاضى أما اذا بيناه وعرفاه يقبل ذلك ، وذكر الخصاف هذا : وقال انا أجيز هذه الشهادة وأقضى بالارض بحدودها وقفا وأقول للشهود سموا الحدود وأقضى بما يسمون . وان كان الشاهدان يعرفان الحدود ولكنهما لم يعرفا الأرض لأنهما كانا غائبين عنها قبل شهادتهما ويكلف القاضى مدعى الوقف أن يقيم شاهدين آخرين يشهدان أن هذه الأرض بحدودها تلك الارض التى شهد الشهود بوقفيتها . وان شهدا أنه أدارنا هو حدودها ووقفا عليها ولكن لم يسم لنا حدودها قبلت شهادتهما وذكر فيها أيضا فى الدعوى والشهادات ما صورته : قال ولو شهدا أن الدار التى فى بلد كذا فى محلة بنى فلان تلاصق دار فلان ابن فلان هى بيد فلان المدعى عليه هذا لهذا المدعى لكنا لانعرف حدودها ولا نقف عليها وقال المدعى للقاضى أنا آتيك بشهود آخرين يعرفون حدود هذه الدار وأتى بشاهدين يشهدان أن حدودها كذا وكذا ، اختلف جواب هذه المسألة فى النسخ : ذكر بعضها أنه لايقبل ولايحكم بها للمدعى لأن الشهادة الأولى فى هذه المسألة ليست بحجة أصلا بدون الشهادة الثانية فكان وجودها وعدمها على السواء . وكذلك القرى والحوانيت وجميع العقارات على هذا . وهذا كله اذا لم تكن الدار مشهورة فان كانت مشهورة باسم رجل نحو دار عمرو ودار حريث بالكوفة ودار الزبير بالبصرة فشهد بها الشاهدان لانسان ولم يذكرا الحدود لاتقبل شهادتهما فى قول أبى حنيفة وتقبل فى قول صاحبيه . وأجمعوا على أن الرجل اذا كان مشهورا كشهرة أبى حنيفة وابن أبى ليلى لايحتاج فيه الى ذكر الاسم والنسب

وذكر فى متن البحر المحيط « نوع منه فى المسائل التى تعود الى الشهادة على الوقف » اذا شهد شاهدان على رجل أنه وقف أرضه ولم يحددها الشاهدان فالشهادة باطلة . وكذلك ان حدها احدهما دون الآخر كانت الشهادة باطلة . وكذلك

لو شهدا أنه وقف أرضه التي في موضع كذا وقالا لم يحدها لنا فالشهادة باطلة . وقال الخصاف الا أن تكون مشهورة تغني شهرتها عن تحديدها . فان كان كذلك قضيت بانها وقف وان حداها بحدين فالمشهور عن أصحابنا من قال اذا ذكرا حدين متقابلين تقبل . وان حدها بثلاثة حدود قبلت الشهادة عند علمائنا الثلاثة . سئل الخصاف فقيل اذا قبلنا هذه الشهادة وحكمنا بثلاثة حدود كيف يحكم بالحد الرابع قال أجعل الحد الرابع بازاء الحد الثالث حتى ينتهي الى مبتدأ الحد الاول أي بازاء الحد الاول . وان شهدا أنه وقف ارضه التي في موضع كذا وحدها لنا الا انا نسينا لا تقبل شهادتهما ، وان قالا لم يحدها لنا ولكنا نعرف حدودها ذكر هلال أن القاضي لا يقبل شهادتهما . قال القاضي ابو يد تأويل هذا انهما لم يبينا للقاضي اما اذا بينا له وعرفاه يقبل ، وذكر الخصاف في هذه الصورة أني اجيز الشهادة وأقضي بالدار والارض بحدودها وقفا وأقول للشهود سموا الحدود واقضي به يسمون ويحدون ، قال هلال وكذا لو قالا لم يكن له في المصر الا تلك الارض لم يقبل . فأما اذا قالا اشهدنا أنه وقف هذه الارض وهو فيها ولم يحدها لنا فالشهادة جائزة اذا كانا يعرفانها ، وان شهدا انه حدها انا ولكنا لا نذكر الحدود التي حدها لنا فالشهادة باطلة وان كانا يعرفان الحدود ولكنهما لا يعرفان الارض لأنهما كانا غائبين عنها تقبل شهادتهما ويكلف القاضي مدعي الوقف أن يقيم البينة ان هذه الارض بحدودها هي تلك الارض التي شهد الشهود بوقفيتها وان شهدا انه لداراتا على حدودها ووقفها عليها ولكن لم يسمتا حدودها قبلت شهادتهما

وذكر في شرح مجمع البحرين في الدعوى قال وان كان عقارا فتحديده في الدعوى والشهادة شرط واكتفينا بالشهرة في المشهور . وذكر الحدود باسماء اصحابها ونسابهم الى الجد شرط عند أبي حنيفة لتعلق تمام التعريف بذكر الحدود وهذا هو الصحيح الا أن يكون الرجل الذي ينسب اليه الحد مشهورا فيكتفى بذكره لحصول المقصود . وهذا بخلاف ما اذا كان العقار مشهورا في نفسه

فلا يستغنى بشهرته عن تحديده عند أبي حنيفة خلافا لهما فانهما اعتبرا شهرة العقار بشهرة الرجل فى الحد وأبو حنيفة راعى فائدة التحديد وهو دفع وقوع المنازعة فى الحد بزيادة أو نقصان بخلاف الرجل ، ويشترط التحديد فى الشهادة كما يشترط فى الدعوى لتطابق الشهادة الدعوى ولتكون الشهادة بعين المدعى وليس ذلك الا بالتحديد . وذكر فى فتاوى قاضيخان ايضا فى الدعوي قال : اذ ادعى محدودا وذكر الحدود الاربعة وقال الشهود نحن نعلم حدودها اذا ذهبنا اليها ونقف ثمة ولكن لانعرف جيرانها ولا نعرف أسامي الجيران قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني هنا مسائل ثلاث . أحداها ان يقول الشهود لهذا المدعى دار فى محلة كذا فى سكة كذا تلاصق دار فلان فى رقيقة كذا غصبها هذا المدعى عليه وانها فى يده بغير حق ولم يذكروا حدودها أو قالوا لا نعلم حدودها وجاء المدعى بشهود آخرين شهدوا بحدودها فان القاضي لايقضى للمدعي لان الذين شهدوا بالملك لم يشهدوا بالحدود والذين شهدوا بالحدود لم يشهدوا له بملك الدار ، والمسألة الثانية . لو قال الشهود نحن نعلم حدودها أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا ولكن لاندرى أتوافق الحدود التى سمياها دعوى المدعى وهل هذه الحدود حدود تلك الدار فانا تحملنا الشهادة بهذه الحدود وسمى لنا حدودها هذه الحدود وأقر البائع بهذه الحدود ولكن مارأيناها ولا دورنا بتلك المحلة ولا نسكنها (واكثر ما يكون تحمل الشهادة على الدار والارض على هذا الوجه يسمى البائع حدودها والشهود يتحملون الشهادة بتعريف البائع) وفى هذه المسألة القاضي يبعث أمينين الى الدار لينظرا الى الدار والى هذه الحدود هل هي حدود تلك الدار ؟ فان وافق قضى بها للمدعى اذا رجعا اليه وشهدا عنده أن حدودها هذه الحدود وان خالف لا يقضى . واما المسألة الثالثة . اذا قال الشهود ان لهذا المدعى دارا فى محلة كذا نعرف حدودها اذ اقمنا عند حيطانها ونشير أن أحد حدودها الى ههنا والثانى الى ههنا والثالث الى ههنا والرابع الى ههنا ولكن لا نعلم جيرانها قال اذا اراد القاضي ان يقضى للمدعي يأمر الشهود بأن يذهبون الى

الدار ويبعث معهم شاهدين أو أمينين من امنائه و يبينوا الحدود للامينين ثم يتعرف الأمينان جيرانها ويسألا اسلميهم فاذا رجعوا الى القاضى وشهد أميناه أن الشهود بينوا حدود الدار وأشاروا اليها وانا تعرفنا عن جيرانها فوجدنا دار فلان وفلان وفلان وفلان فى سكة كذا فان القاضى يقضى بشهادة الشهود الذين شهدوا بتلك الدار للمدعى. وان قال الشهود نشهد أن الدار التى تلاصق دار فلان ابن فلان لهذا المدعى أوقالو الدار التى بين دار فلان وبين دار فلان لهذا المدعى لايلتفت الى شهادتهم لانهم ذكروا حدين وذلك لايكفى . فان كانت الدار مشهورة باسم رجل ولم يذكر الشهود حدودها لاتقبل شهادتهم فى قول أبى حنيفة وكذا القرية والارض والحانوت ويجوز فى قول أبى يوسف ومحمد . وأجمعوا على ان الرجل اذا كان مشهوراً لايشترط فى تعريفه ذكر الاسم واللقب انتهى كلامه

تلك هى مسائل لاتخرج عن صور سبع «١» فصورة لم يحددها هو وهم ذاكرون الحدود عالمون عملها «٢» وصورة حددها ونسى الحدود «٣» وصورة لم يحددها أصلا وهم يعرفونها «٤» وصورة لم يحددها وهم يعرفون حدودها «٥» وصورة لم يحددها لكنه وقفها وهو والشهود فيها «٦» وصورة حددها وهم يعرفون الحدود لكنهم لايعرفون مكانها «٧» والصورة السابعة استغنوا عن ذكر الحدود لشهرتها الشهرة التى تغنى عن التحديد . وهذه الصور كلها انما يحتاج اليها عند انكار الواقف أو ورثته ، أما اذا كان الواقف حيا مقرة فلا يحتاج اليها لأن الواقف قادر على التحديد وكذلك وارثه

أما الصورة الأولى فالوقف صحيح والشهادة جائزة ويجب العمل بها فى وقتها

وأما الصورة الثانية اتفق هلال والخصاف وبقية من نقلنا عنه أن الشهادة فيها باطلة ومعناه لايجوز العمل بها لانها شهادة بالمجهول لاتصح لأن الوقف ليس بصحيح فى نفسه بل هو صحيح لكنه لم يمكن ثبوته بالبينة كما قلنا وسيأتى الكلام فيها ان شاء الله تعالى أبسط من هذا فى الصورة الثالثة

وأما الصورة الثالثة فقال الخصاف فيها الوقف باطل الا أن تكون شهيرة تغنى

شهرتها عن تحديدها فان كان كذلك قضيت بأنها وقف . وقال فيها هلال الشهادة باطلة . وقال في متن البحر المحيط الشهادة باطلة . وقال قاضيخان انها لاتقبل وراد والشهود يعرفونها . وقال في الذخيرة الشهادة باطلة وذكر ماقاله الخصاف بعبارته ولاشك أن الذي قاله الخصاف يحتاج الى تأويل ولايجوز العمل بظاهره ، وذلك لأن الوقف لايشترط لصحته التحديد في نفس الامر بل يصح بقول الواقف وقفت داري على كذا وتصير وقفا وان لم يذكر الحدود أصلا وإذا أنكر الوقفية وباعها أثم ولايجوز الحكم بابطال الوقف بمجرد قول الشهود لم يحدها لنا ولانعرفها ولاهي مشهورة فاذا كان كذلك وجب تأويل قول الخصاف « الوقف باطل » بمعنى الشهادة باطلة كما قال هلال وغيره وهذا مما يجب الاعتناء به والتيقظ لمهمه ، فمن وقف على كلام الخصاف هذا ممن يكون من أهل الفتوى أومن قضاة الاسلام فلا يجوز له أن يفتي بهذه العبارة ولايحكم ببطلان الوقف بمجرد ذلك فانه خطأ والعبارة واجبة التأويل ، فاذا وقعت هذه المسألة عند الحاكم الحنفي المذهب فجوابه فيها أن يقول للشهود اذهبوا فان شهادتكم لاتفيد شيئا ولا هي صحيحة ويقول للواقف ان كان حيا أو لورثته ان كان الامر كما ذكر الشهود فلا يحل لك انكاره ولايجوز لك بيعه ولااخراجه عن الوقفية ولاتعتمد على قولي للشهود ان شهادتكم لاتفيد شيئا ولاهي صحيحة . وليحذر كل الحذر من أن يقع منه حكم ببطلان الوقف مستندا الى عبارة الخصاف التي قدمناها لما قدمناه من القول بوجوب تأويلها . والقول بالتأويل بوجوه . الأول أنه يحتمل صدق الشهود فيما قالوه وهو معروف عند الواقف وعدم ذكره الحدود لايمنع من صحة الوقف عنده . الثاني لاحتمال أن تقوم بينة أخرى بالتحديد والوقفية . الثالث لاحتمال رجوع الواقف عن الانكار الى الاعتراف فيتبين خطأ الحاكم وبطلان الحكم بعد ذلك فلهذا قلنا لايجوز الحكم ببطلان الوقف ولأن التحديد ليس من شرائط صحة الايقاف بل من شرائط صحة ظهوره في الخارج عند الحاكم فاذا تعذر ظهوره عند الحاكم لايقال ببطلانه كما اذا تعذر ثبوت التزكية للشهود بالدين مع انكار الخصم لايجوز الحكم ببطلان الدين كذا هنا

ونظائره كثيرة. وقد وقع بعض القضاة فيما نبهنا عليه ونهينا عنه فنسأل الله السلامة والعصمة . هذا مما يجب على القاضي أن يعمل به . فأما فيما يتعلق بجواب المفتي في هذه الحادثة اذا سئل عنها فجوابه فيها أن يكتب لا تصح هذه الشهادة والحالة هذه ولا يلزم من عدم صحتها بطلان الوقف ان يكن حصل والله اعلم . وكذا مايبحث على جواب المفتي أيضاً الا لفائدة وهي ان القاضي اذا رأى خطه بأنه لا تصح الشهادة قد يقع في قلبه أن الوقف باطل فيبطله فلهذا زدت عليه ولا يلزم الى آخره. واما ماقاله هلال وغيره فهو ظاهر لا كلام فيه وزيادة قاضيخان يأتي الكلام عليها ان شاء الله تعالى في الصورة الرابعة . وأما قول الخصاف «الا أن تكون مشهورة شهرة تغني عن التحديد» فهو على الخلاف فيه بين الامام وصاحبيه على مايأتي بيانه في موضعه ان شاء الله تعالى

واما الصورة الرابعة وهي التي لم يذكر الواقف للشهود حدودها ولكنهم يعرفون الحدود وقد قال هلال فيها ان الشهادة باطلة لا تجوز وكذا قال لو لم يكن له بالبصرة الا تلك الارض وحدها والباب الاول اى المسألة التي تقدمت سواء. وقاضيخان أتى بلفظ يعرف ارضه مكان يعرف الحدود وهو مثله لانه يلزم من معرفة الحد معرفة المحدود واجاب فيها قاضيخان بأن الشهادة لا تقبل : وصاحب التنبيرة قال عن هلال ان القاضي لا يقبل شهادتهما ونقل عن القاضي ابي زيد الشروطي انه أول قول هلال بأنه محمول على انهما لم يبينا للقاضي أما اذا بيناه وعرفاه تقبل . وكذا نقله صاحب البحر المحيط عن القاضي ابي زيد المذكور وحكي كلام الخصاف كما قدمناه وكأنه هو الذي أوجب للقاضي ابي زيد تأويل كلام هلال وهو سهو منه ولا يحتاج كلام هلال الى تأويل فان المسألة التي صورها هلال وأجاب فيها غير المسألة التي ذكرها الخصاف وماذاك الا ان الصورة التي قالها هلال هي اذا قالا لم يحدها ولكننا نعرف الحدود والصورة التي ذكرها الخصاف قال قلت فان شهد انه اقر عندها انه وقف ارضه ووقفنا عليها او داره هذه ونحن جيرانه ونحن نعرف حدودها ولم يحدها لنا . ولا شك ان هذه الصورة غير التي

قالها هلال بل لاتشابهها اصلا بل قال هلال فى الصورة التى ذكرها بعدها بمثل ما أجاب الخصاف وتلك تشابه هذه وليست الصورة التى ذكرها هلال محتاجة الى تأويل وماذاك الا أن الواقف لما لم يحدد الدار وقت الاشهاد وذكر مثلا محلتها وقع عند الشهود انها هى الدار التى يعرفونها أو يعرفون حدودها من غير أن يحددها ومن الجائز أن يكون له دار أخرى فى تلك المحلة سوى هذه فكان معرفة الشهود بناء على ظنهم وحدسهم لاعلى تحديد من الواقف فلهذا لاتقبل شهادتهم فأما الصورة التى ذكرها الخصاف فليس فيها شىء من ذلك فانه قال «ووقفنا عليها أو داره هذه» وأتى بالاشارة وكأن الواقف لما أشهدهم على الوصية كانوا جميعا عند الدار عيانا فأمن حينئذ هذا الالتباس فلهذا قال الخصاف اجيز الشهادة وامضى بالدار والارض وقفا . وهلال يوافقه ايضا فى هذه الصورة فانه قال فيما نقلناه عنه «ولو قالا أشهدنا فى الارض وهو فيها أنه قد وقفها ولم يحدها لنا قال فالشهادة جائزة اذا كانا يعرفانها » . فالذى أوله القاضى أبو زيد ليس هو موضع تأويل وكيف يحسن قوله « هذا اذا لم يبينا للقاضى أما اذا بينا له وعرفاه فيقبل» وهلال ذكر صورتين أما لو لم يذكر الصورة الاخرى كان يحسن ذلك اما بعد ذكره للصورة الاخرى لايكون مراده تصويرا واحدا وحاشا هلالا أن ينسب اليه هذه الغفلة التى لاتقع من آحاد الفقهاء فكيف من هلال . فتلخص لنا من هذا كله أن الحق فى المسألة أن جواب هلال ظاهر لايحتاج الى تاويل وأن جواب الخصاف كذلك أيضاً ولا مخالفة بين ماذكره الخصاف وهلال . ومما يؤيد قولهما تأكيدا قول هلال « وكذا لو قالا لم يكن بالبصرة سوى تلك الدار » ومع هذا يقال ان الشهادة باطلة ففهمنا من هذا أن مراده بقوله « لم يحدها لنا ولكنا نعرف حدودها » أى نعرف حدودها من خارج لأنا وقفنا نحن وهو فيها ووقفها بحضرتنا فيها لان تلك الصورة قالها بعد هذه وقال ان الشهادة جائزة فزال ماتوهم القاضى ابو زيد من التأويل ولله الحمد

وأما الصورة الخامسة وهى التى لم يحدها الشهود ولكنه وقف وهو فيها

وهذه الصورة ظاهرة والأجوبة فيها متفقة ووجهها بين لأنها شهادة على أرض بعينها وعدم معرفتهم المحدود لا يؤثر خللا فى شهادتهم، وقول الخصاف فيها « وأقول الشهود سموا الحدود فأقضى بما يسمون ويحدون » وفائدته لأجل الحكم فى العينية من الدار والكتابة بالحكم حتى لو كان الحاكم والشهود عند الدار فانه لا يحتاج الى التحديد ويجوز له أن يقضى بوقفيتها من غير ذكر الحدود لأن صحة الحضرة لا يحتاج فيها الى تحديد فى الغائب كما أن القاضى لا يعمل فى أمر الغائب الا بعد ذكر اسمه واسم ابيه وجده ولو كان حاضرا ألزمه بالحق وان لم يعرف اسمه أصلا فهذا معنى قول الخصاف أقول للشهود حددوها لأن شهادتهم الاول غير معتبرة مطلقاً وانما صارت معتبرة بذكر الحدود .

وأما الصورة السادسة وهي ما اذا كان قد حددوها لهم ولكنهم لا يعرفون مكانها وهم ذاكرون اسماء الحدود وهذه الصورة أيضاً الشهادة فيها جائزة ويكلف المدعى بينة على التشخيص بأنها هذه الارض وهى ظاهرة والاجوبة فيها متفقة

وأما الصورة السابعة فهى مسألة معروفة مشهورة ان المكان اذا كان مشهوراً شهرة تغنى عن التحديد فوقفه مالكه أو باعه أو شهدوا فيه بغصب أو بنوع من أنواع الانتقالات قالوا وشهرته تغنى عن تحديده ولم يحدده فى المسألة خلاف بين الامام الاعظم أبى حنيفة رحمه الله وبين صاحبيه فعنده لا يكتفى بذلك بل لابد من التحديد وعندهما يكتفى به ، وقال فى شرح المجمع وفى الهداية وهو الصحيح أى قول الامام . فالجواب الذى قاله الخصاف تخرجه على قولهما . اما لانه اختاره أو لاجل الوقف لكونه قربة . وهذا آخر ماقصدته وحررته فى المسألة والله الحمد أولا وآخرا كما يحب ربنا ويرضى

المسألة السادسة من المتفرقات : اذا وقف ضيعة وقال خلا مافيها من المساجد والمقابر ولم يحدد المساجد ولا المقابر ولا الارض الموقوفة على المساجد هل يصح هذا الوقف أم لا . ؟ وهل يكون عدم تحديد المستثنى مفسدا للوقف لانه مجهول والمستثناه المجهول لا يصح ؟ وهل يكون الشراء فى ذلك بمنزلة الوقف المعنى اذا اشترى ضيعة

وحددها ثم قال خلا ما فى ذلك من مسجد لله تعالى ووقف عليه ومقبرة برسم دفن موتى المسلمين كما يفعله أو تقولونه ولم يحدد المستثنى وتحرير الكلام فى ذلك كله. وهذه المسألة هى التى وقعت فى سنة احدى وخمسين وسبعمائة وحصل فيها النكار من قاضى القضاة عز الدين بن جماعة الشافعى بالديار المصرية على قاضى القضاة تقى الدين السبكي الشافعى بدمشق وسبب ذلك انه اشترى الأمير سيف الدين طاز قرية ببلاد السواد وكتب بها كتابا على العادة وثبت على قاضى القضاة تقي الدين المشار اليه وحكم بها ثم جهزه الى الامير سيف الدين المذكور فارسله الى قاضي القضاة عز الدين بن جماعة لينفذه فقال قاضي القضاة عز الدين هذا التبايع ما هو صحيح لان المستثني غير محدود ولكن ارسل الى دمشق حتى يحددوا المستثني وثبت حدوده عند القاضي الذى اثبت الكتاب ثم هكذا اأعود أنفذه . هكذا بلغنى ممن له اطلاع على القضية فأرسل الامير المشار اليه الى نائب الشام يسأل منه أن يرسل ذلك فارسل النائب الى قاضى القضاة تقى الدين السبكي وعرفه ما جرى فقال الصواب ما فعلته أو معنى هذا الكلام ولا يحتاج الى تحديد المستثنى والتبايع صحيح وحصل بينهما كلام فى ذلك. والذى رأيته منقولا عن الاصحاب فى هذه المسألة هو ما يأتى ذكره ان شاء الله تعالى فأقول وبالله المستعان

ذكر فى الفتاوى الظهيرية الكبرى فى كتاب الدعوى والمحاضر والسجلات منه قال : وان كان المبيع قرية فان لم يكن شىء منها مستثنى كتبت جميع القرية الخالصة المدعوة كذا قال وان كان شىء مستثنى كتب بعد الفراغ من ذلك قبل ذكر الثمن الا ما فيها من المساجد والمقابر والطرق النافذة والاوقاف والحياض العامة ولا بد من تحديد المستثنى حتى يقع به الامتياز وما يكتب فى زماننا فى تحديد المستثنى حدوده الاربعة لزيق أراضى دخلت فى هذه الدعوى لا يصح لانه لا يقع به الاشارة وقد وقع هذا فى زمن والدى رحمه الله وأجاب قال لا يصح التحديد على هذا الوجه لأنه لا يقع به التمييز وقيل له اذا كانت الأرض المبيعة محيطة بالمستثنى كيف يحد المستثنى حتى يقع به التمييز قال رحمه الله يذكر الكاتب فى التحديد نهراً

يكون بقرب هـذا المستثنى أو شجرا بحيث يقع به التمييز وما يكتب فى زماننا « وقد عرف هذان العاقدان جميع ذلك وأحاطا به علما وخبرة » فقد استرذله بعض الناس وهو المختار لان المبيع لا يصير به معلوما للقاضى عند الشهادة فلا بد من التعيين اه كلام صاحب الفتاوى الظهيرية

وذكر فى القنية فى باب «ما يتعلق بالمقابر والمساجد والطرق الداخلة فى الوقف» (قم) رعية وقفت واستثنيت منها مساجدها ومقابرها لكنها لم تحدد فاشترى رجل أرضا منها فادعى الموقوف عليه فساد الشراء وبطلان الوقف بسبب عدم تحديد المستثنيات وادعى المشترى صحته وبطلان الوقف وحكم الحاكم بصحة البيع وفساد الوقف ينفذ الحكم (مم صح) ينعقد البيع وانما يبطل الوقف ان لم يكن محكوما به (صح) وقف رعية يذكر حدود المستثنيات من المقابر والطرقات والمساجد والحياض العامة (قم) لا بد من ذكر حدودها (مم) لا بد من ذكر الحدود ان أمكن (شى) لا يصح الوقف بدون الحدود (كم كص كرصب) وبقية أئمة خوارزم وقف أراضيه المملوكة على أولاده وأولاد أولاده وقفا لازما مع شرائطه وكان فى حدودها ارض مسبلة الى قنطرة نهر علم وهذه مسبلة قديمة معلومة حدودها معروفة مشهورة عند أهل الرعية أو الواقف والموقوف عليهم وحكم الحاكم بنفاذ هذا الوقف ولم يستثن هذه المسبلة لشهرتها عند الناس يصح هـذا الوقف . قلت فتحرر لنا من كلام صاحب الفتاوى الظهيرية والقنية انه لا بد من تحديد المستثنى على هذا اتفقت اجوبة المشايخ رحمهم الله فما نقله فى القنية من انه لا بد منه من غير أن يقيده بشىء وفى (مم) « ان أمكن » معناه ان كان الذى الى جانب المسجد والمقابر ؛ وأمكن التحديد به بأن يكون مثلا هناك حجر كبير ثابت أو جبل أو شجرة عظيمة بحيث يقع به التمييز اما اذا لم يكن هناك شىء مما يمكن أن يحصل به فلا يفتقر الى التحديد فهذا هو المراد من قوله « ان أمكن » لا أن المراد ان كان البائع أو المشترى أو أحد من اهل القرية لا يعرف حدود المساجد والمقابر فيجعل الشهود هذا عذرا فى عدم التحديد ويتركون تحديده

المستثنى وبطله من وقف عليه من الفقهاء الضعفاء أن هذا يؤخذ من قوله ان أمكن ويجب أن يعتنى بهـذا الذى بنسته فانه موضع يقع فيـه من لم يكن له قوة النظر والاستنباط . ولا شك أن اشتراط التحديد اعنى تحديد المستثنى مما هو موافق للقواعد فان استثناء المجهول لا يصح ولا يختص هذا بالبيع والوقف بل بهما وبالاجارة وبكل مايلحق بهذه الاحكام كالرهن مثلا والهبة وما يشابه ذلك فان العلة شاملة وهى الجهالة . والعجب من القضاة المتقدمين فى ديارنا فانهم ما اعتبروا هذا القدر ولا عملوه فى كتب الاوقاف فى زمن نور الدين الشهيد ولا فى التبايعات والاحسن أن يحمل حالهم على انهم مالوا الى مانقله فى القنية عن (شم) ان أمكن ، فكانهم لم يجدوا ما يحصل به التمييز من الامارات التى ذكرناها وله وجهلان فيه ضرورة وفى الضرورة يتساهل فيها مالا يتساهل فى غيرها فان الابتياعات لايمكن سدبابها وكذلك الاوقاف فلهذا نقول انهم لم يحددوا المستثنى لا أنه كان يمكنهم وتركوه من غير ضرورة فالذى يجب على القاضى أنه اذا قـدم اليه كتاب تبايع قرية أو وقف أو ما شاكل ذلك ولم يذكر فيه تحـديد المستثنى فانه لايثبته حتى يتبين له ان ذلك مما لايمكن تحديده ولايسمع شهادة على هذا فانها شهادة على النفى وليست من الاحكام التى يقبل فيها بل طريقه أن يكون يعلم ذلك بنفسه ، هذا كله على قول من قال ان أمكن واما على قول البقية فلا يثبته اصلا ، ولو قيل انه ينبغى أن يحمل كلام من اطلق على هذا التقييد لكان له وجه للمعنى الذى قدمناه. ثم رأيت قد ذكر فى الخلاصة فى الفتاوى مامورته : قال الامام السرخسى يشترط فى استثناء المساجد والمقابر والحياض وطريق العامة ونحوها فى شراء القرية الخاصة أن يذكر حدود هذه الاشياء ومقاديرها طولا وعرضا وكان يرد المحاضر والسجلات والصكوك التى فيها استثناء هذه الاشياء مطلقاً من غير بيان الحدود ، وقال السيد الامام ابو شجاع لا يشترط ذكر الحدود لهذه الاشياء قال رضى الله عنه ينبغى هذا تسهيلا على الناس تم كلامه . وفى حاوى ركن الاسلام على السغدى مثله والله اعلم

المسألة السابعة من المتفرقات : اذا وقف على أولاده وأولاد أولاده ونسله

وعقبه بطنا بعد بطن هل يكون هذا الوقف مرتبا يعني أن أولاده لصلبه مختصون به وحدهم ماداموا أحياء ولا يشاركهم أولادهم ومن أسفل منهم من البطون وكذا أيضا في أولادهم إلى آخر النسل والعقب كذلك ويكون بمنزلة قوله ثم من بعدهم على أولادهم أم لا يمنع من التشريك وتحرير الكلام في ذلك وهذه المسألة وقعت سنة ثلاث وخمسين وسبعمائة في كتاب وقف المزرعة المعرونية بدمشق وعقد لها مجالس وذكرتها في درسي بالمدرسة الركنانية داخل دمشق المحروسة وصنفت فيها مصنفا على حدة سميته (إيضاح الاسرار المخبئة في كتب وقف المزرعة المعرونية) ثم إني اختصرت أن أثبته في كتابي هذا وهو بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما شهد به الشهود الثابتة خطوطهم وأسماؤهم آخر هذا المسطور وهم من أهل العلم والخبرة الباطنة بما يشهدون به شهادة عدو صححها وتحققوا معرفتها لا يشكون فيها ولا يرتابون بها أنهم يعرفون القاضي الأجل قاضي القضاة فخر الدين أبا حامد محمد بن قاضي القضاة شرف الدين أبي سعيد عبد الله بن محمد بن هبة الله بن أبي عصرون معرفة جامعة وأنه وقف على ابنيه محيي الدين عمر وعماد الدين عبد الله ابني قاضي القضاة فخر الدين أبي حامد محمد المسمى أعلاه بينهما بالسوية نصفين جميع الأراضي المزارع الثوابي من أراضي قرية مدان وحدودهن وقفا مؤبدا وحبسا لوجه الله الكريم محرما أيام حياتهما أبدا ما عاشا ودائما ما بقيا ثم على أولادهما من بعدهما وأولاد أولادهما ونسلهما وعقبهما من بعدهما أبدا ما تناسلوا بطنا بعد بطن على ما بينه الواقف المسمى أعلاه فإذا انقرضوا بأسرهم وخلت الأرض منهم عاد ذلك وقفا على الفقراء والمساكين يعرف الشهود صحة ذلك ويخبرون به ويشهدون أن الواقف المذكور لم يزل مالكا حائزا مستحقا لجميع هذه الأراضي المزارع المحدود ذات المياه المختصة بهن ملكا صحيحا وحيازة تامة متصرفا فيهن تصرف المالكين الحائزين المستحقين وتاريخه العشر الأوسط من ذي القعدة سنة ست وعشرين وستمائة وثبت هذا المحضر على قاضي القضاة صدر الدين الشافعي في يوم الأحد خامس عشرين من ذي القعدة سنة إحدى وخمسين وستمائة بشهادة شاهد أصل وثلاثة شهدوا على شهادة

بدر الدين بن يوسف الفارقي وحكم بما ثبت عنده مع بقاء كل ذي حجة على حجته ونفذه بعده قاضي القضاة شمس الدين عبد الله بن عطاء الحنفي وبعده قاضي القضاة حسام الدين الشيرازي وبعده تنفيذ حسام الدين قاضي القضاة تقي الدين سليمان الحنبلي وفيه أنه ثبت عنده أيضاً مضمون المحضر وهو متضمن معرفة شهوده لمحيي الدين عمر ابن قاضي القضاة فخر الدين الواقف أحد الأخوين الموقوف عليهما وشهادتهم أنه توفي وأعقب ولدين شرف الدين محمدا وأمة الرحيم لم يترك عقبا سواهما ويشهدون أيضاً أن الأختين الشقيقتين ملكة وفاطمة بنتي زينب بنت عماد الدين عبد الله الموقوف عليه الثاني بذكره في كتاب محضر الوقف وأن زينب المذكورة لم تترك عقبا سواهما وأن الأخوين شرف الدين محمدا وأمة الرحيم والأختين ملكة وفاطمة من نسل الأخوين محيي الدين وعماد الدين حسبما نصه وهو مؤرخ بالعشر الأخير من شهر رجب سنة اثنتين وسبعمائة فلما تكامل ذلك سأله الخصم الحكم بمضمون كتاب المحضر المذكور وبانتقال نصيب كل واحد من الأخوين محيي الدين عمر وعماد الدين عبد الله المذكورين من الوقف وهو النصف منه الى ولده ثم الى ولد ولده وباستحقاق الأختين فاطمة وملكة لنصف الموقوف وهو النصف الموقوف على جدهما عماد الدين عبد الله واختصاصهما به بينهما بالسوية نصفان دون الأخوين شرف الدين محمد وأمة الرحيم المذكورين وكذا من أمهما زينب المسماة بحكم حصر عقب عماد الدين عبد الله في ابنته زينب ووفاتها ولا ولد لها سوى ابنتيها ملكة وفاطمة فتأمل ذلك ورأى مشاركة الأخت مع الأخوين محمد وأمة الرحيم المذكورين في الموقوف المعين واختصاص الأختين بالنصف الموقوف على جدهما لأمهما عماد الدين عبد الله ورأى الحكم بذلك وبدخولهما في أولاد الأولاد مع علمه باختلاف العلماء في ذلك وحكم بمضمون كتاب المحضر المذكور وبانتقال النصف الموقوف على عماد الدين عبد الله الى بنتي ابنته الأختين المذكورتين لثبوت حصر عقبه في ابنته زينب ووفاتها وحصر ولدها في ابنتيها الأختين المذكورتين ولكونه يرى أن بنات البنات من أولاد الأولاد

وقضى بذلك وألزم بمقتضاه وتاريخه سنة اثنتين وسبعمائة . ونفذ تنفيذ تقي الدين سليمان وما حكم به ولده عز الدين ومن ولايته نيابة وتاريخه في رمضان سنة اثنتين وسبعمائة ونفذ تنفيذ عز الدين صدر الدين الداراني في صفر سنة سبع وسبعمائة وعمل بعدية مضمونها أنه حكم بتشريك محمد وأخواته عروس ونسب ومحمود وزينب أولاد فاطمة بنت زينب بنت عماد الدين عبد الله أحد الموقوف عليهما مع والدتهم فاطمة المذكورة وعمل بعدية أخرى مضمونها أنه ثبت عنده وفاة شرف الدين محمد بن محيي الدين عمر ابن الواقف وأنه خلف ابنتيه سيدة وأمة الرحيم لم يخلف عقبا سواهما وأن شرف الدين هو ابن عمر عم والدة فاطمة بنت زينب بنت عماد الدين عبد الله وأن فاطمة المسماة فيما من الولد محمد واخواته المذكورون أعلاه الخمسة وحكم بتشريك الاخوة الخمسة المذكورين في الموقوف المبين مع الأختين المذكورتين سيدة وأمة الرحيم ابنتي شرف الدين محمد بن محيي الدين عمر الموقوف عليه ومع خالتهم المسكة بنت زينب المذكورة ونفذ ما عمله الداراني نجم الدين الدمشقي وعمل الدمشقي بعدية مضمونها أنه ثبت عنده ان لمحمد بن فاطمة بنت زينب ولدا يسمى عليا ولأخته نسب بنت تدعى ماما ولمحمودة بنت تدعى امن ولزينب ولد يدعى أبا بكر وأنه حكم بتشريك من سمي من هؤلاء مع أصولهم ومع من عين من المستحقين ونفذ ما عمله الدمشقي شرف الدين الحنبلي ابن الحافظ وحكم بتشريك احمد وفاطمة ولدي محمودة وعلي بن زينب وخلة بنت صلاح الدين يوسف وملكة بنت خلة مع أمهاتهم ومع صلاح الدين يوسف المذكور والدخلة ومع من عين من بقية المستحقين بوقف المذكور وباستحقاق المذكورين ذلك مع بقية المستحقين المشار اليهم بأعلى هذا الكتاب وتناولهم ذلك على حكم التشريك ونفذ برهان الدين الدرعي تنفيذ ابن الحافظ وحكمه ونفذ تنفيذ الدرعي شهاب الدين الدرعي الشافعي وحكم الدرعي بمثل ما حكم الدمشقي ونفذه شهاب الدين الشافعي البعلبكي وبعد البعلبكي القاضي علاء الدين ابن العز الحنفي فتكمل المحكوم لهم بهذه الأحكام أربعة وعشرين ضما بعد من مات من المحكوم لهم على شهاب الدين البعلبكي

متى دار الفصل ثم مات منهم عشرة أنفس ولم يحكم بانتقال نصيبهم الى أحد وهو الربع والسدس من الوقف وبقى من المحكوم لهم الآن أربعة عشر نفسا منهم سيدة بنت شرف الدين محمد بن محيي الدين عمر ابن الواقف أحد الموقوف عليهما وهى التى شملها حكم التقى سليمان وبنتاها فاطمة وملكة وسعلى بنت أمة الرحيم أخت سيدة المذكورة وأحمد ونحلة ولدا يوسف بن ملكة بنت زينب بنت عماد الدين عبد الله ابن الواقف وعلى بن محمد بن فاطمة المذكورة أعلاه وبنته أمن ونسب بنت فاطمة المذكورة وبنتها ماما وزينب بنت فاطمة المذكورة وابنها على وعروس بنت فاطمة المذكورة أحد الاخوة الخمسة المذكورين أعلاه وأمن بنت محمودة بنت فاطمة المذكورة . فسيدة بنت شرف الدين محمد بن محيي الدين عمر ابن الواقف أعلاهم وبعدها فى الطبقة الثانية بنتاها ملكة وفاطمة وبنت أختها سعلى بنت أمة الرحيم وزينب وعروس ونسب بنات فاطمة أم الخمسة . والطبقة الثالثة منهم أنفس أحمد ونحلة المذكوران وماما المذكورة وعلى بن زينب وعلى بن محمد وأمن بنت محمودة . والطبقة الرابعة أمن بنت على بن محمد بن فاطمة لاغير فالى من ينتقل نصيب من توفى وهو ربع الوقف وسدسه والذين توفوا العشرة المذكورون وهم فاطمة بنت سيدة بنت شرف الدين المذكورة وأخت سيدة ولدها أمة الرحيم المذكورة وابن أمة الرحيم عمر وصلاح الدين يوسف بن ملكة المذكورة وابنه أحمد ومحمودة بنت فاطمة بنت زينب وولداها أحمد وفاطمة وأحمد ويتيم ولدا على بن محمد بن فاطمة لاغير .

الكلام فى هذه المسألة يفتقر الى نقل الحكم فى قول الواقف وقفت على أولادى وأولاد أولادى ونسلهم بطنا بعد بطن وما يتحرر من كلام الأصحاب فى ذلك وهل هو يقتضى الترتيب أم لا يمنع من التشريك وهل ترتيبه ترتيب كل شخص بأبيه خاصة أم بأبيه ومن فى درجة أبيه واذا تقرر لنا ذلك فالكلام فيها حينئذ يقع فى مواضع . منها أنه هل يقال هذا المختصر المختص من لذكر ههنا

الشرط هو شهادة بالاستفاضة أم شهادة على الواقف وتظهر ثمرة الكلام فى جواز ثبوت الشرط بالاستفاضة وعدمه على ما يأتى بيانه وتحريره . ومنها أن هذا الوقف هل هو بمنزلة وقفين أم بمنزلة وقف واحد وتظهر ثمرة ذلك فى عمر هل يكون هو وأولاده كأنهم وقف عليهم نصف هذه الاماكن وعبد الله وأولاده كذلك ويكون الترتيب المذكور متعلقا بكل منهما وفى اولاده ونسله وعقبه يعنى انه اذا مات من محمد عمر أحد ينتقل نصيبه الى ولده وان كان ثم من محمد عبد الله أحد ممن هو فى درجة هذا الميت أم لا يكون كذلك ويكون وقفا واحدا والشرط فى الترتيب عائدا اليهما . ومنها مامضى قوله فى المحضر على ما عينه الواقف المسمى أعلاه وهل يعود الى الترتيب بثم أم اليها و الى التشريك بالواو أم اليهما أم لايلتفت الى هذه العبارة . ومنها حكم قاضى القضاة تقى الدين سليمان الحنبلى والنظر فيه . ومنها حكم صدر الدين المارانى فى البعديين والكلام عليه . ومنها حكم الدمشقى ابن الحافظ والقرعى الشافعى والبعلبكى الشافعى . ومنها وفاة من مات من هؤلاء المحكوم لهم الذين بلغ عددهم أربعة وعشرين نفرا ذكورا وأناثا وعدد من مات منهم عشرة أنفس ذكور واناث والى من ينتقل نصيب العشرة الذين ماتوا هل ينتقل الى سيدة أم اليها والى من بقى من المحكوم لهم وكم أنزل منها وهذا مقصود المستفتى بالسؤال

أما الاول وهو نقل الحكم عن الأصحاب فى مسألة بطنا بعد بطن وهل يقتضى الترتيب أم لايمنع من التشريك الى آخره فأقول وبالله التوفيق .

ذكر قاضيخان فى الفتاوى رجل قال وقفت أرضى هذه على ولدى وولد ولدى وأولاد أولادهم الى آخر النسل كيف تصرف الغلة الى ولده وولد ولده فاذا ماتوا ولم يبق أحد منهم ووجد البطن الثالث تصرف الغلة الى الفقراء ولا تصرف الى البطن الثالث وان قال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى فانه تصرف الغلة الى أولاده أبدا ماتناسلوا ولا تصرف الى الفقراء مابقى أحد من أولادهم وان سفلوا . قال الفقيه ابو جعفر وهكذا ذكر هلال فى وقفه اذا ذكر ثلاثة بطون يكون الوقف عليهم وعلى

من أسفل منهم الأقرب والأبعد فيهم سواء الا ان يذكر الواقف فى وقفه الاقرب فالاقرب او يقول على ولدى ثم من بعدهم على ولد ولدى أو يقول بطنا بعد بطن فحينئذ يبدأ بما بدأ به الواقف هذه عبارته وذكر في الخلاصة فى الفتاوى مثل ماذكر في قاضيخان بعينه وذكر مثله أيضا فى الفتاوى الظهيرية . وذكر فى الذخيرة اذا قال أرضى صدقة موقوفة على ولدى تصرف الغلة الى البطن الأول يريد ولده لصلبه ولا يشارك البطن الثانى الأول يريد بالبطن الثانى ولد الابن ما دام أحد من البطن الاول باقيا فالغلة له وان لم يبق واحد من ذلك فالغلة تصرف الى الفقراء ولا تصرف الى البطن الثاني وان لم يوجد البطن الأول ووجد البطن الثاني وهو ولد الابن فالغلة الى البطن الثانى ولا يشاركه من دونه من البطون ولو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى وولد ولدى يختص بها البطن الأول والثانى ألا يرى انه لو ذكر البطن الأول ولم يذكر غيره لختص به البطن الأول فاذا ذكرهما يختصا به . وذكر فى متن البحر المحيط وتتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى الخاصية مثل ماذكره فى الذخيرة . وذكر فى المحيط لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة على أولادى يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ولكن يكون الكل للبطن الأول مادام باقيا فاذا انقرض يكون الثاني فاذا انقرض يكون للثالث والرابع والخامس فتشترك هذه البطون فى القسم والأقرب والأبعد سواء لأن المراد بهذا الوقف صلة أولاده وبرهم والانسان فى العادة يقصد صلة ولده خلفة اما لخدمته اياه أو لقربه منه فالبطن الأول أكثر خدمة وأقرب منه وأحب نفسا اليه فكانت علة استحقاقهم أرجح فكان الصرف اليهم أحق ثم البطن الثانى لأن النافلة قد تخدم الجد ويكون أقرب اليه ممن هو أسفل منه فكان البطن الثانى أولى بعد انقراض البطن الأول وأما ما بعد هذين البطنين قل مايدرك الرجل خدمتهم فكان قصده بالوقف عليهم برهم وصلتهم لأجل انتسابهم اليه لا لأجل الخدمة وهم فى انتسابهم اليه على السواء فاستووا فى الاستحقاق . وذكر فى وقف الخصاف صورة قلت أرأيت البطن الثاني من هم قال هم أولاد هؤلاء السبعة وذكر كلاما كثيرا يشعر بأن البطن يكون

اعلى وأسفل وكذا وقع فى وقف هلال ووقف خزانة الأكمل ووقف ابن مازة وذكر فى القنية (قع عك) وقف ضيعة على مواليه وأولادهم بطنا بعد بطن وعلى أولاد رجل وأولاد أولادهم بطنا بعد بطن فلو مات واحد من الموالى أو من الفريق الآخر وبقى منه أولاد فالأولى أن يصرف نصيب الميت الى أولاده دون من بقى من البطن الأول (نج) وقف أرضا على أولاده وهم فلان وفلان وفلان ثم من بعدهم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا بطنا بعد بطن فلو مات واحد منهم عن أولاد فلا شىء لهم ما دام فى البطن الاول حى انتهى نقل كلام الاصحاب. وتحريره ان العبارات كلها متفقة عن الاصحاب على أن البطن الأول أولاد الصلب والبطن الثانى أولاد أولاد الصلب والبطن الثالث أولاد أولاد أولاد الصلب لاشك فى أن هذا عين الترتيب وغير التشريك ومما يعضده تنصيص قاضيخان وصاحب الخلاصة والفتاوى الظهيرية على أن قول الواقف بطنا بعد بطن مثل قوله ثم على أولاده ومثل قوله الأقرب فالأقرب ولا خلاف فى أن ثم للترتيب وكذا لفظ الأقرب فالأقرب وقد ألحقوا بطنا بعد بطن بهما فدل أنه للترتيب لا للتشريك ثم هذا الترتيب يكون ترتيب مجموع أهل البطن الثانى على انقراض مجموع البطن الأول لا أنه ترتيب كل شخص بأبيه خاصة بل بأبيه وعمه وعمته لانهم جعلوا لفظ بطنا بعد بطن مثل ثم والأقرب فالأقرب وترتيب ثم والاقرب ترتيب المجموع على المجموع يوضحه اذا كان أولاد الصلب مثلا ثلاثة فمات منهم شخص عن ولد لا ينتقل نصيبه الى ولده بل ينتقل الى أخويه الباقيين فاذا ماتا ينتقل كما هو منقول صريحا فى ثم فانه قال فى الخصاف وغيره . رجل وقف على ولديه فلان وفلان ثم على أولادهما من بعدهما فمات واحد عن ولد لا يصرف اليه شىء ما دام الأول باقيا لأنه شرط انتقال النصيب اليه بوفاة أبيه وعمه وحيث ألحقوا بطنا بعد بطن بثم فى الترتيب تعين حملها على الترتيب الثابت لنا فى ثم وكذا ما ذكره فى القنية آخرا لكونه صرح بأنه لا شىء لأولاد الأولاد ما دام فى البطن الأول حى وهو عين الفتوى المسئول عنها . بقى قول صاحب القنية فيما نقله عن (قع عك) والأولى اما بالهاء رمز

فتاوى العصر أو بالقاف رمز فتاوى القاضي عبد الجبار والثاني عين الأئمة الكرابيسي وظاهره أنه اختيار بعض المشايخ فيه قال الأولى أن يصرف نصيب الميت الى أولاده دون من بقي من البطن الأول لكن لا على وجه التشريك بل على الترتيب أيضا أعني ترتيب كل ولد على أبيه خاصة لا على أبيه وعمومته وما سفله إلا أنه قال في آخر كلامه «دون من بقي من البطن الأول» فلم ينص على البطن الأول علما أنه لم يرد التشريك بالواو والفاء ترتيب «بطنا بعد بطن» وأنه يكون لهذا الولد الذي مات أبوه نصيبان نصيب أبيه ونصيبه الذي كان يستحقه في حياة أبيه بل عمل بالترتيب على الوجه الذي قلناه

وأما الكلام على الموضع الثاني وهو أن المحضر هل هو شهادة بالاستفاضة أم على الواقف فنقول وبالله المستعان . بل هو والله أعلم شهادة على الواقف لأنه قال وقف على ابنيه فلان وفلان وهذا ظاهره شهادة على فعل الواقف ويحتمل الاستفاضة أيضا لكن يرجح الأول أن تاريخ المحضر في سنة ست وعشرين وستمائة وفي ذلك الوقت كان يمكن ان يكون الواقف حيا ولو كان على الاستفاضة عندنا فيها اختلاف ولكن في المجتبى أنها تقبل هو المختار وبالجملة فقد حكم بها حاكم

وأما الكلام على الموضع الثالث وهو أن هذا الوقف بمنزلة وقفين أم بمنزلة وقف واحد : الظاهر أنه بمنزلة وقف واحد ويدل عليه قوله ثم من بعدهما على أولادهما جعل شرط انتقال النصيب الى ولد الولد موت أبيه وعمه ولو كان مراده أنه يكون وقفين لقال ثم من بعد كل واحد يعود نصيبه الى ولده وان كان يحتمل أن يكون بمنزلة وقفين ويلزم هذا الموضع قائل يقول ان ولد الولد لا يتوقف على موت عمه لكن أصحابنا لم يعتبروا هذا الاحتمال فانهم قالوا في رجل وقف ضيعة على ولديه فاذا انقرضا فعلى أولادهما فمات أحد الولدين عن ولد لا ينتقل نصيبه الى ولده بل الى أخيه مع انه يحتمل ما قاله هذا القائل وهو انه يجعل انقراض كل شخص شرطا لانتقال الوقف الى ولده لا انقراض الاثنين حيث لم يعتبروا هذا الاحتمال هناك خاصة لم نعتبره نحن في هذه المسألة

وأما الكلام على الموضع الرابع وهو قوله «على ما عينه الواقف المسمى أعلاه» وأنه هل يعود الى ثم وحدها أم اليها والى الواو: الظاهر أنه يعود الى ثم وحدها وذلك أنه لو قال ثم من بعدهما على أولادهما وأولاد أولادهما على ما عينه يصرف الى ثم ويكون الوقف كله لأولادهما فاذا انقرضوا انتقل الى أولاد أولادهما وهكذا اذا زاد وسطهما وذريتهما. فان قيل لو كان المراد ما قلت فما فائدة قوله بطنا بعد بطن؟ فانا اذا أعدناه الى الترتيب بثم يترتب، قيل له انما ذكرها على ما عينه الواقف بعد قوله بطنا بعد بطن أما لو أخر بطنا بعد بطن لكان يرد ما قلت. فان قيل اذا كان الترتيب حاصلا بقوله بطنا بعد بطن فما الفائدة في قوله «على ما عينه الواقف» بعد قوله بطنا بعد بطن وقد حملتموه على الترتيب بثم قيل له لا يحجر على المتكلم في كلامه والكلام تارة يفيد معنى بنفسه وتارة يؤكد غيره، على هذا استعمال الناس ولأن لفظ بطنا بعد بطن لما كان الترتيب فيه جاء من جهة استعمال بعض الفقهاء وكونه لم يستفد منه الترتيب صريحا كما استفيد من ثم قصد الواقف تأكيد الحال ليندفع القول بأنها لا تمنع التشريك ويتأيد البحث على الرد على الترتيب بقصد الواقفين فان الواقفين لا يظن بهم أنهم يقصدون تقليل النصيب على الولد القريب بمشاركة من هو أبعد منه. ولأنا لو حملنا على ثم والواو لزم منه الغاء بعض الكلام وهو بطنا بعد بطن، واذا حملناه على ثم لم يلغ شيء فحمله على ما ليس فيه الغاء بعض الكلام أولى لأنك اذا جعلته يعود الى ثم في حق أولاد عمر وعبد الله فحسب والى الواو في حق من هو أنزل ولا شك أن بطنا بعد بطن قبل قوله على ما عينه الواقف وهو يقتضي الترتيب على ما قررناه يلزمه قطعا تغيير ما اقتضاه من الترتيب واذا أعدناه الى ثم لا يتغير بها شيء فلهذا قلنا ان حملها عليه أولى، ولا يقال الالغاء لا بد منه لأنكم اذا حملتم قول الواقف «على ما عينه» على أنه يعود الى ثم فقد ألغيتم التشريك لأنا نقول الغاء التشريك ما جاء من هذا بل من قوله بطنا بعد بطن وهي متفق عليها عندنا أنها تصلح أن تكون مغيرة للتشريك كما نقلناه من كلام الأصحاب فيما تقدم فلم يحصل الالغاء بقوله على ما عينه الواقف

فان قيل التعبير بالأخير جائز لقوله على ما عينه الواقف متأخر عن قوله بطنا بعد بطن ، قيل له ليس هذا كالحكي في التعبير كالقول في قول الواقف وقفت على أولادى وأولاد أولادى وأنسالهم الأقرب فالأقرب بل هو محتمل والترتيب حصل بقوله بطنا بعد بطن كما تقدم تقريره وإن كان تبعا الأقرب فالأقرب فلا يغيره ما هو محتمل

وأما الكلام على الموضع الخامس وهو النظر في حكم تقي الدين سليمان . فالذى سمعته من قاضى الحنابلة الآن وهو رفيقنا قاضى القضاة جمال الدين المرداوى أيده الله تعالى أن بعض أصحاب مذهب الامام أحمد تعرض الى قول الواقفين بطنا بعد بطن وغالبهم لم يتعرض اليها والذى لم يتعرض لها قال انه للترتيب والظاهر أن تقي الدين سليمان لاحظ أن يكون بمنزلة وقفين فلا يمتنع أن يحكم بانتقال نصيب عبد الله الى ابنتي بنته فان كان مذهب الحنابلة يوافق ذلك فسلم ولم يكن الماء بطنا بعد بطن، وان كان لا يوافقه فلا ينفذ لأنه قاض مقلد

وأما الكلام على الموضع السادس وهو النظر فى حكم صدر الدين الداراني : فأقول هو موافق لما نص عليه النووى والرافعي من أن « بطنا بعد بطن » لا يمنع من التشريك ولا يرتب شيئا لكن يشكل عليه قول الواقف « على ما عينه الواقف المسمى أعلاه » وقد قدمنا ترجيح العود الى ثم فان كان اعتمد على أنه أعاد الكلام الى ثم والواو وأعمل ثم فى حق أولاد عمر وعبد الله معا والواو فى باقى البطون فله وجه

وأما الكلام على الموضع السابع وهو النظر فى بقية الاحكام فالكلام فيه كالكلام فى حكم صدر الدين الداراني وقد قدمناه لكن حكم ابن الحافظ لم يوافق عليه من جهة أصحاب مذهبه فيما بلغني عن قضاة الحنابلة وسمعته من قاضيهم المذكور فان لم يكن أبدا مستندا فلا ينفذ لأنه مقلد

وأما الكلام على الموضع الثامن وهو السؤال عن انتقال نصيب العشرة الذين ماتوا وبعضهم له أولاد وبعضهم لا ولد له وكلهم أرسل من سيدة بنت شرف الدين بن محمد ابن محيي الدين عمر ابن الواقف وسئل هل ينتقل الى سيدة المذكورة ثم اليها والى

من بقي من المحكوم لهم . والظاهر أن حصته تختص به دونهم لانه بمقتضى شرط الواقف يختص بكل الوقف على قول من يقول ان ما بطل يعد باطلا من قبل ومن يحمل قوله على ما عينه الواقف على العود الى ثم وجعلها على قول من يقول بالتشريك ولم يعد الى ثم بحكم بانتقال العشرة الاسهم الى الجميع وهم أربعة عشر نفرا وسيدة فصورت المسألة حينئذ خلافية عندنا ينتقل الى سيدة وحدها وعند الشافعية اليها والى البقية فلا بد من حكم يرفع الخلاف في المسألة لنا من الحنفي ومن الشافعي ولكل من القولين وجه .

وأما مذهب المالكية فلا أعرفه في المسألة ولا نقلا فاضيهم فيها والظاهر ان مذهب الحنابلة موافقنا لان مسألة بطلها بعد بطن قد تقدم نقل مذهبهم فيها من فاضيهم والظاهر انهم يحملون قول الواقف على ما عينه على العود الى ثم لان من أصلهم اعتبار مقصد الواقفين وقد قدمنا أنه أقرب الى مقصود الواقف والله سبحانه أعلم

المسألة الثامنة من المتفرقات . هل يجوز ان يشترى من غلة وقف المسجد عقار يوقف على المسجد أم لا ؟ واذا جاز فهل يصير وقفا بنفس الشراء من ريع أوقاف المسجد أم لا بد من وقف هذا العقار المشترى ؟ واذا وقف فهل يكون كبقية أوقاف المسجد بمعنى انه لا يجوز بيعه بعد ذلك أم يجوز بيعه اذا احتاج المسجد الى ثمنه للعمارة مثلا . وتحرير كلام الاصحاب في ذلك

ذكر في القنية ناقلا من (عك) اجتمع من مال المسجد شيء فطلب القيم أن يشترى به دارا للوقف ولو فعل ووقف يكون وقفا وعن (ث) أفتى محمد بن سلمة انه يجوز (ت) وهذا استحسان والقياس لا يجوز وينبغي ان يشتري ويبيعها مرابحا كما (ع) ويجوز شراء عمارة أرض أو دار للمسجد اذا كانت الرقبة وقفا (ط) اذا اشترى بمال المسجد دارا أو حانوتا ثم باعه جاز اذا كان له ولاية الشراء وفي التحاقه بالحوانيت الموقوفة اختلاف المشايخ . وذكر في الواقعات في الفتاوى لحسام الشهيد : المتولي اذا اشترى بمال المسجد دارا للمسجد ثم باعها جاز لأنه اختلف المشايخ أن هذه الدار هل تلحق بالموقوفة على المسجد والمختار أنها لا تلحق لأن صحة الوقف تعتمد الشرائط فتبين أن في المسألة اختلافا . وذكر في فتاوى قاضيخان المتولي اذا اشترى من غلة المسجد حانوتا

أو دارا أو مستغلا آخر جاز لأن هذا من مصالح المسجد فان أراد المتولى أن يبيع ما اشترى وباع اختلفوا فيه: قال بعضهم لايجوز هذا البيع لأن هذا صار من أوقاف المسجد وقال بعضهم يجوز هذا البيع وهو الصحيح لأن المشترى لم يذكر شيئا من شرائط الوقف فلا يكون ما اشترى من جملة أوقاف المسجد . وذكر فى الظهيرية - متولى المسجد اذا اشترى بمال المسجد حانوتا أو دارا ثم باعها جاز اذا كانت له ولاية الشراء وهذه المسألة بناء على مسألة اخرى أن متولى المسجد اذا اشترى من غلته دارا أو حانوتا هل تلتحق بالحوانيت الموقوفة على المسجد ومعناه أنه هل يصير وقفا ؟ اختلف المشايخ فيه قال الصدر الشهيد المختار انه لايلتحق ولكن يصير مستغل المسجد وهذا لأن الشرائط التى يتعلق بها لزوم الوقف وصحته حتى لايجوز فسخه ولا بيعه لم يوجد شىء من ذلك هنا فلم يصر وقفا فيجوز بيعه . وذكر فى الخلاصة فى الفتاوى : الفاضل من وقف المسجد يشترى به مستغلا أو دارا والمشترى بمال الوقف لايلتحق بالدور الموقوفة هذا هو المختار . وذكر فى متن البحر المحيط مثل ما ذكره فى الظهيرية

المسألة التاسعة من المتفرقات: اذا أوصى أن يشترى من ريع داره أو حمامه فى كل شهر كذا من الخبز ويفرق على الفقراء والمساكين فهل يكون هذا اللفظ بمجرده وقفا للدار والحمام أم لا ؟ وتحرير الكلام فى ذلك .

ذكر فى الذخيرة فى كتاب الوقف ما صورته : قال اشتروا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزا وفرقوا على المساكين صارت الدار وقفا لأن هذا اللفظ يؤدى الى معنى الوقف فصار كما لو قال وقفت دارى هذه بعد موتى على المساكين . وذكر فى فتاوى قاضيخان فى الوقف . رجل قال فى مرضه اشتروا من غلة داري هذه بعد موتى كل شهر بعشرة دراهم خبزا وفرقوا ذلك على المساكين قال رحمه الله تصير الدار وقفا كما لو قال وقفت دارى بعد موتى على المساكين . وذكر فى الفتاوى الكبرى للخاصى فى كتاب الوقف : قال فى مرضه اشتروا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزا وفرقوا على المساكين صارت الدار

وقالا لأن هـذا اللفظ يؤدي معنى الوقف فصار كأنه قال وقفت داري هذه بعد موتي على المساكين

قلت فتحرر لك من هذا أن الدار أو الحمام تصير وقفا بمجرد هذا اللفظ من غير أن يتلفظ بوقفت داري على الفقراء وجعلوا أن هذا اللفظ يؤدي الى معنى الوقف بمنزلة قوله وقفت داري بعد موتي على الفقراء وهو حكم غريب

واتفق أنه رفع الى كتاب وصية وهو مذكور فيه هذا اللفظ الذي أذكره وأوصى الموصي المذكور الى الوصي المذكور أن يقبض من ريع الحصة المخلفة عنه وبينها ستة أسهم من أربعة وعشرين سهما وهي الربع من جميع الحمام الذي خارج باب الجابية بقصر حجاج ويعرف بحمام القيدي وحده ويشتري من ذلك عشرين رطلا خبزا في كل ليلة جمعة من كل أسبوع ويفرق ذلك عند ضريح الواقف بالتربة بسفح قاسيون صدقة على الفقراء والمساكين على مايراه وقد حكم الجد رحمه الله تعالى فيه بأن الربع المذكور من الحمام المحدود وقف مؤبد على الفقراء والمساكين على مايراه حسبا أوصى به الموصي وأن صريح لفظ الموصي يقتضي ذلك. هذه عبارته بعد ثبوت الملك والحيازة عنده للموصي الى حين الوصية وتنفيذه قاضي القضاة علاء الدين بن المنجا الحنبلي واسم الموصي المذكور الأمير فارس الدين علي بن جمال الدين خضر ابن الأمير شجاع الدين محمود بن هرون بن الصباغ والموصى اليه الأمير شهاب الدين أحمد بن أبي ليلى المعروف بأستاذ داره وتاريخ الوصية في خامس جمادى الأولى سنة ثمان وثمانين وستمائة وجماعة العدل فيها القاضي شمس الدين الملطي وثبت عند قاضي القضاة حسام الدين الرازي وثبت عنده أيضا أن الحصة تخرج من الثلث بعد وفاء الدين وحكم بموجبه وتاريخ اسجال حسام الدين في تاسع عشر جمادى الآخرة سنة ثمان وثمانين وستمائة واتصل بالجد ونفذه وحكم بما نقلناه عنه وتاريخ اسجاله في الثالث من المحرم سنة سبع وسبعمائة ونفذه الحنبلي كما نقلناه ونفذت ذلك وكتبت بخطي على كتاب الوصية ماصورته ليسجل بثبوته وتنفيذه وذلك بعد أن تأملت ماحكم به الجد برد الله ثراه

وحمل جمة مأوادس جمل الحصه من الحام المذكورة فى كتاب الوصية المسطورة أعـلاه وقفا بمجرد قول الموصى ن الوصى يقض من ريعها ويشترى من ذاك عشرين رطلا من الخبز فى كل ليلة جمة من كل أسبوع ويفرق ذلك على الفقراء والمساكين وهو حكم صحيح . والمسألة مذكورة فى القنية وفتاوى قاضيخان وفتاوى الخاصى ونصوا فيها على أن هذا اللفظ يؤدى معنى الوقف وصار كما لو قال وقفت داوى هـذه بعد موتى على المساكين ولا أعلم فيها خلافا بين الأصحاب والله المستعان

مسألة

بيع التعاطى هل يجرى فى الخسيس والنفيس أم لا وهـل يشترط فى بيع التعاطى قبض الثمن والمثمن فى المجلس أم لا وتحرير الكلام فى ذلك كله

ذكر فى فتاوى قاضيخان: قال وقد يكون البيع بالأخذ والعطاء من غير لفظ ويسمى هذا البيع البيع بالتعاطى واختلف المشايخ فيـه قال بعضهم هـذا البيع يختص بالأشياء الخسيسة كالبقل واللحم والخبز والحطب وقال بعضهم ينعقد فى الكل واليه أشار فى الجامع الصغير فى الوكالة وقال الامام أبو الحسن على السعدى هذا البيع لا يكون الا بقبض البدلين جميعا وقال بعضهم قبض أحـدهما يكفى وذكر فى الهداية قال وقوله رضيت أو أعطيتك بكذا أو خـذه بكذا فى معنى قوله بعت واشتريت لأنه يؤدى معناه والمعنى هو المعتبر فى هـذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس هو الصحيح .

وذكر فى المحيط قال - وأما الثانى ذكر الكرخى أن البيع ينعقد بالتعاطى بدون الايجاب والقبول فى خسائس الأشياء وفيما جرت العادة بين الناس بذلك كما لو وضع عند صاحب الرمان فلسا وحمـل رمانة برضا صاحبها ولم يتكلم انعقد البيع وكذا لو قال لقصاب كم تعطى من هذا اللحم بدرهم فقال عشرين فقال زن فوزن القصاب ودفعه اليه وأخـذ الدرهم ينعقد البيع وفيما لم تجر العادة لا ينعقد

البيع بالتعاطي . ونص في الجامع أنه ينعقد بالتعاطي في نفائس الأشياء وإن لم تجر العادة بالتعاطي وهو الصحيح

وذكر في التتمة قال : وينعقد البيع بالتعاطي بدون لفظ الإيجاب والقبول على هذا اتفقت الروايات والأصل فيه عرف الناس وعاداتهم . ثم اختلف المشايخ فيما بينهم قال بعضهم إنما ينعقد بالتعاطي في الأشياء الخسيسة نحو البقل والرمان وأشباه ذلك وهكذا ذكر الكرخي في كتابه وعامتهم على أنه ينعقد في جميع الأشياء الخسيسة والنفيسة في ذلك سواء وهو الصحيح .

واختلف المشايخ أن الشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين أو الإعطاء من أحد الجانبين يكفي . وأشار محمد في الجامع إلى أن تسليم المبيع يكفي . وفي مسائل التوكيل مسألتان إحداهما تدل على أنه يشترط الإعطاء من الجانبين والأخرى تدل على أن الإعطاء من أحد الجانبين يكفي وكان الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني يشترط الإعطاء من الجانبين وكذا الإمام السغدي وكان يقول إذا وجد قبض البدلين في المجلس ينعقد البيع بالتعاطي وما لا فلا . وبعض المشايخ اكتفوا بالإعطاء من أحد الجانبين . وهذا القائل يشترط بيان الثمن لانعقاد هذا البيع وتسليم المبيع وهكذا حكى فتوى أبي الفضل الكرماني . وفي المنتقى رجل ساوم رجلا برا أراد شراءه منه ولم يكن معه وعاء يأخذ فيه ثم ذهب ثم جاء بالوعاء بعد ذلك وأعطاه الدراهم فهذا جائز . فقد حكم بجواز البيع بإعطاء الدراهم فهذا يدل على انعقاد البيع بالتعاطي من أحد الجانبين . وعن أبي يوسف رجل قال لغيره كيف تبيع هذه الحنطة فقال كل قفيز بدرهم فقال كل لي خمسة أقفزة فكال وذهب بها قال هذا بيع وعليه خمسة دراهم . وهذه المسألة دليل على انعقاد البيع بالإعطاء من أحد الجانبين . وذكر في الكافي شرح الوافي : والتعاطي أدل على الرضا منهما والشرط في بيع التعاطي الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلواني وقيل الإعطاء من أحد الجانبين يكفي . وذكر في البدائع : وأما المبادلة بالفعل فهو التعاطي ويسمى هذا البيع المراوضة وهذا عندنا . وذكر القدوري أن التعاطي

يجوز فى الأشياء الخسيسة ولا يجوز فى الاشياء النفيسة ورواية الجواز فى الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهى بالاخذ والاعطاء من غير لفظ ويسمى هذا بيع التعاطى واختلف المشايخ فيه : قال بعضهم هذا البيع مختص بالأشياء الخسيسة كالبقل والخبز والحطب واللحم وقال بعضهم ينعقد فى الكل . قال القاضى السغدى وهذا البيع لا يكون الا قبض البدلين جميعا . وقال بعضهم ينعقد البيع بقبض أحد البدلين . وذكر الزاهدى رحمه الله فى شرح القدورى بكم تبيع قفيز حنطة قال بدرهم قال اعزله فعزله فبيع . وكذا لو قال منه للقصاب فوزنه وهو ساكت ثم امتنع من دفع الثمن فأخذ اللحم أو دفع الدراهم وامتنع القصاب من وزن اللحم أجبرهما القاضى عليه

قلت فثبت بهذا أن بيع التعاطى كما يثبت بتقابض البدلين يثبت بقبض أحدهما أيهما كان على وجه الشراء ونص عليه صدر القضاة وغيره أن بيع التعاطى بيع وان لم يوجد تسليم الثمن . هذه عبارة الزاهدى

قلت : وظهر لنا من هذا أن البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول ينعقد بالتعاطى وان لم يحصل الايجاب والقبول . وحقيقة التعاطى وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظة بعت واشتريت وأن الصحيح من المذهب أنه يجوز فى الخسيس والنفيس . والبيع بالتعاطى يعمل عمل البيع باللفظين الماضيين بمعنى أنه اذا حصل التعاطى عن تراض منهما لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب كما فى البيع بالايجاب والقبول فلو أراد أحدهما أن يمتنع عنه يرفعه الى القاضى ويسأل منه الحكم عليه بصحة هذا ولزومه وعدم الرد الا من عيب قديم يثبته بطريقه ويحكم له الحاكم بذلك مع العلم بالخلاف لأجل من يخالفنا فى المسألة وان هذا ليس ببيع عنده فاذا حكم القاضى الحنفى بذلك ارتفع الخلاف

بقى لنا تحرير الاعطاء من أحد الجانبين هل يكفى أو لابد من الاعطاء من الجانبين : لاشك أنا قد نقلنا اختلاف المشايخ وفتاويهم فيه فمنهم من كان يقول يكفى الاعطاء من أحد الجانبين وعامتهم على أنه لا يكتفى به بل لابد من الاعطاء من الجانبين وهو الذى يظهر من حيث البحث لأن الاعطاء من الجانبين أقيم مقام الايجاب

والقبول ولو حصل الايجاب فى المجلس والقبول وراءه لما صح البيع فكذا في التعاطى بل أولى . ولان التعاطى فى أصله من المعاطاة وهى مفاعلة فيقتضى حصولها من الجانبين كالمضاربة والمقاسمة والمخاصمة وذلك لايتصور من واحد فكذا التعاطى وقد ذكرنا من البحيرة أنه استشهد على صحة الاعطاء من أحد الجانبين بمسألتين وجعل أن كلامنهما يدل على انعقاد البيع بالتعاطى من أحد الجانبين وفى الأولى نظر فانه قال في المنتقى: رجل ساوم رجلا برا وأراد شراءه منه ولم يكن معه وعاء يأخذه فيه ثم فارقه ثم جاء بالوعاء بعد ذلك وأعطاه الدراهم فهذا جائز فقد حكم بجواز البيع باعطاء الدراهم فهذا يدل على انعقاد البيع بالتعاطى من أحد الجانبين . هذه عبارته وفيها نظر لأن قوله ثم جاء بالوعاء بعد ذلك وأعطاه الدراهم أى وأخذ البر وهذا يكون من الجانبين . وما قال فى المنتقى انه بيع قبل مجيئه فى المرة الثانية بالدراهم والوعاء لأنه قال ثم جاء بالوعاء بعد ذلك وأعطاه الدراهم ومعناه وأخذ البر فهذا لايدل على المدعى

وأما المسألة الثانية فلا شك أنها شاهدة للمدعى ولم أقف على تصحيح لاحد الطرفين على الآخر بل كلهم قالوا باختلاف المشايخ ولا شك أن أكثرهم اشترطوا الاعطاء من الجانبين كالحلوانى والسغدى ومن حيث الدليل فهو قوى فلا ينبغى أن يعدل عنه الا أن يوقف على تصحيح الطرف الآخر ممن يعتمد على قوله وفى كلام حافظ الدين فى الكافى اشارة الى أن الظاهر اشتراط الاعطاء من الجانبين فانه صدر به كلامه ثم قال «وقيل» وهى تشير الى الضعف. ثم تحقيق قولهم من الجانبين ومن أحد الجانبين أما قول من شرط من الجانبين فظاهر لأنه يساوم ثم يضع الثمن ويأخذ المتاع عن رضا من صاحبه . وأما قولهم من أحد الجانبين معناه أن الانسان يجىء الى البائع فيساومه على شىء مما يبيع فاذا حصل الرضا منه بذلك القدر الذى دفع فيه أخذ المتاع برضاه وذهب فهذا تصوير الاعطاء من جانب البائع فاذا جاء الذي أخذه بعد ذلك وأراد رده ليس له ذلك على قول من قال بالاكتفاء من أحد الجانبين بالاعطاء ولا يرده عليه الا من عيب قديم

بثمنه بطريقه كما اذا حصل بالايجاب والقبول . وأما تصويره من جانب المشترى فهو أنه يساوم البائع على شيء يريد شراءه منه فاذا تراضيا على ذلك الثمن وضع الثمن عنده وذهب فاذا جاء بعد ذلك وطلب من البائع المتاع فانه يجبر على دفعه اليه ويكون فى شرائه من ذلك الوقت المتقدم وليس للبائع أن يبيعه ولا يتصرف فيه بعد ذلك بل يبقى فى بيع المشترى من المجلس الاول بمنزلة الشراء بالايجاب والقبول فهذا معنى قولهم من أحد الجانبين أى من جانب البائع وجانب المشترى وصورة كل واحد منهما قد بيناها . وما ذكره الزاهدى يدل على أن القبض من أحد الجانبين يكفى فى المختار لأنه قال قلت فثبت بهذا أن بيع التعاطى كما يثبت بتقابض البدلين يثبت بقبض أحدهما وهذا أمارة الترجيح والتصحيح وما رأيت أحدا قال فى هذا أكثر منه

مسألة

فى شراء الحصة من الغراس والبناء القائم فى أرض غير داخلة فى البيع وشراء حصة من ثمرة أو من زرع وشراء حصة من مقثأة وشراء ما يخرج أياما كورد ونحوه وتحرير الكلام فى ذلك

ذكر فى المحيط باب بيع نصيبه من المشترك . زرع بين رجلين لم يدرك فى أرض بينهما أو حائط بين رجلين أو نخل بينهما وعليه ثمر فباع أحدهما نصيبه من الزرع والحائط والثمر فلا يخلو اما ان باعه مع أرضه ومع النخل أو بدون أرضه ونخله ولا يخلو اما ان باع من أجنبى أو من شريكه : فان باع نصيبه بدون أرضه ونحوه ان باعه من أجنبى لم يجز وكذا لو باع نصيبه برضا شريكه لا يجوز لأن فى قلعه وهدمه ضررا والانسان لا يجبر على تحمل الضرر وان رضى به وكذا لو كان كله له فباع نصفه من رجل لم يجز لأنه يطالبه المشترى بالقلع والهدم فيتضرر البائع فيما لم يبعه وهو النصف الآخر فصار كبيع الجذع فى السقف ، بخلاف ما لو باع عرصة الدار دون البناء جاز وان تضرر البائع حيث يؤمر برفع البناء لأن هذا الضرر

انما يلحقه فيما هو تبع بتسليم ما هو أصل لأن البناء تبع للعرصة فلا يعتبر كما لو غرس أشجارا في أرض الغير بأمره يؤمر بقلعها وهنا كل واحد منهما أصل فيعتبر . وأما اذا باع نصيبه من الزرع والحائط والثمر من شريكه في رواية يجوز لانعدام الضرر وفي رواية لا يجوز وهو المختار للفقيه أبي الليث لأن البائع يطالب المشتري بقلع ما اشترى منه ليفرغ نصيبه من الأرض ولا يمكنه ذلك الا بقلع الكل لأن الزرع في أطراف الأرض متفاوت وكذلك الثمر ومتى قلع الكل يتضرر به المشتري فيما لم يشتره وهو نصيب نفسه . وكذا لو كان الزرع لرب الأرض وأكاره فباع رب الأرض نصيبه من أكاره لا يجوز لما قلنا ولو باع الأكار نصيبه من رب الأرض جاز لأنه يمكنه التسليم بدون القسمة فلا يتضرر أحدهما . باع نصيبه من الشجر دون الأرض بغير اذن شريكه فان كانت الأشجار بلغت أوان قطعها جاز لأن المشتري لا يتضرر بالقسمة وان لم تبلغ لا يجوز لأنه يتضرر بالقسمة وذكر في الذخيرة مبطخة بين شريكين باع أحدهما نصيبه من انسان من غير أرض لا يجوز لأن في قلعه ضررا يلحق غير البائع فينبغي أن يشتري كل المبطخة من الشريكين ثم يفسخ البيع في النصف . وأحد الشريكين اذا تصرف في المحل المشترك تصرفا يتضرر به صاحبه فانه يقبل الرد ولا يجوز تصرفه الا برضا صاحبه

ومسألة المبطخة التي ذكرناها تدل على أن بيع نصف الزرع بدون الأرض لا يجوز وان رضي به صاحبه . واذا لم يجز بيع نصف الزرع بدون الأرض ولم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب العقد جائزا لأن المانع من الجواز قد زال . ويعلم من هذه المسألة كثير من المسائل واذا كان الزرع كله لرجل باع نصفه من رجل بدون الأرض ان كان الزرع مدركا يجوز وان لم يكن مدركا لا يجوز لأن هذا البيع يتضمن الحاق الضرر بالبائع في غير ما تناوله البيع فيكون فاسدا كبيع الجذع في السقف . واذا كان الزرع والأرض مشتركا بين رجلين باع أحدهما نصيبه من الزرع من شريكه بدون الأرض لا يجوز اذا لم يكن الزرع مدركا وعلى هذا القطن وسائر أنواع الزرع اذا كان مشتركا بين اثنين باع أحدهما نصيبه من صاحبه بدون الأرض

وأما اذا باع النصف مع نصف الأرض من شريكه أو من أجنبي بغير رضا شريكه جاز وقام المشترى مقام البائع . وفى الأجناس اذا باع النصف من الزرع المشترك من شريكه يجوز فى ظاهر الرواية . وروى هشام عن محمد أنه لايجوز وان كان الزرع بين رب الأرض و بين الأكار فباع رب الأرض نصيبه من الأكار لايجوز . وان باع الأكار نصيبه من رب الأرض جاز . ولو كان مدركا جاز بيع كل واحد منهما نصيبه من صاحبه . واذا باع بدون الأرض من أجنبي أو باع المزارع نصيبه من أجنبي والزرع لم يدرك لم يجز البيع لدفع الضرر عن صاحبه . ثم لو باع صاحبه نصيبه بعد ذلك من ذلك المشترى انقلب البيع الأول جائزا لأن المانع من الجواز قد ارتفع . اذا كانت الأرض بين رجلين فزرعها أحدهما ونبت الزرع فتراضيا على أن يعطيه رب الأرض مثل نصف البذر ويكون الزرع بينهما لا يجوز ولايجوز قبل أن ينبت . ولو طلب الآخر القلع قسمت الأرض و يؤمر المزارع بقلع مافى نصيب الشريك ان كانت المزارعة قد انقضت . ثم بيع نصف الزرع بدون الأرض انما لايجوز فى موضع كان لصاحب الزرع حق القرار بأن زرع فى ملكه أما اذا لم يكن له حق القرار بأن كان متعديا فى الزراعة كالغاصب جاز بيع نصف الأرض لأنه اذا لم يكن لصاحب الزرع حق القرار كان القلع مستحقا ومستحق القلع كالمقلوع ولوكان مقلوعا حقيقة جاز بيع نصفها كذا هنا . وعلى هذا اذا باع نصف البناء بدون الأرض انكان مستحقا فى البناء لايجوز وان كانمتعديا جاز . وذكر فى فتاوى قاضيخان رجل باع نصيبه من المبطخة المشتركة قال ان كان القلع يضره لم يجز البيع ونصيب البائع يكون للمشترى مالم ينقض البيع، قيل له لوان الشريك الذي لم يبع أجاز بيع الشريك هل له أن لا يرضى بعد الاجازة . قال له ذلك لأن قلعه ضرر والانسان لايجبر على تحمل الضرر . ولو كان بينهما أرض ونخل فباع أحدهما نصف الشجر من رجل لايجوز ، وكذا لوكانت الدار لرجل فباع نصف بنائها من غير أرض لايجوز . واذا كانت الشجرة بين اثنين فباع

أحدهما نصيبه من أجنبي لايجوز وان باع من الشريك جاز . ولو كانت بين ثلاثة باع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه لايجوز وان باع منهما جاز وذكر في البدائع في البيوع قال والأصل المحفوظ ان ما لايمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت بأصل الخلقة فبيعه باطل وما لايمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد الا أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز . والقياس على هذا الأصل أن يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لانه يمكن تسليمه من غير ضرر يلزم بالجز الا أنهم استحسنوا عدم الجواز بالنص ولان الجز من أصله لايخلو عن الاضرار بالحيوان . ولو باع حلية سيف فان كان يتخلص من غير ضرر يجوز وان كان لايتخلص الا بضرر فالبيع فاسد الا اذا فصل وسلم . وعلى هذا بناء بين رجلين والأرض لغيرهما فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز لأنه لايمكن تسليمه الا بضرر وهو نقض البناء . وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما في أرض لهما حق الترك فيها الى وقت الادراك فباع أحدهما نصيبه قبل الادراك لم يجز لانه لايمكنه تسليمها الا بضرر صاحبه لانه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ولو باع بعد الادراك جاز لانعدام الضرر وكذلك اذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع لم يجز لأنه لايمكن تسليمه الا بقطع الكل وفيه ضرر ولو كان بعد الادراك جاز لانعدام الضرر وذكر في تتمة الفتاوى قال الشجرة اذا كانت مشتركة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من أجنبي لايجوز ولو كانت بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحد صاحبيه لايجوز ولو باع منهما جاز وكذلك الزرع المشترك وفي نوادر هشام: في الزرع المشترك اذا باع أحدهما نصيبه من غير شريكه لايجوز وهكذا ذكر الصدر الشهيد أنه لايجوز بيع الزرع المشترك من الأجنبي ومن الشريك . واذا باع العامل من رب الاشجار حصته من الثمار جاز ولو باع رب الأشجار حصته من العامل لايجوز

وفي المنتقى: رجلان بينهما أرض وفيها زرع فباع أحدهما حصته من الزرع من صاحبه لايجوز الا أن يقطع المشتري الزرع كله فيجوز له البيع . بناء بين رجلين

باع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير اذن شريكه لايجوز وكذا الزرع والشجر ولو باع من شريكه يجوز، وفى نوادر هشام لايجوز . وذكر فى الخلاصة فى الفتاوى باع نصف الزرع بدون الأرض ان باع العامل من رب الأرض جاز وعلى العكس لايجوز . وفى التجريد قال محمد بناء بين رجلين والأرض لغيرهما باع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز . وذكر فى شرح مختصر الكرخى للقدورى قال وأما بيع الرصاص فكبيع ألية الشاة الحية وأما بيع الأتباع فكبيع نتاج الفرس وكبيع اللبن فى الضرع . فأما الاول فلا يجوز بيعه لأن استباحة ذلك من الحيوان محرم قبل الذبح ولأنه لايمكن تسليمه الا بضرر . وأما الثانى فلما روى من النهى عن بيع اللبن فى الضرع قال وكذا مالا ينفصل من غير الحيوان الا بضرر وهذا كبيع ذراع من ثوب ونوى فى تمر لأن البائع لايمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر لم يستحق بالعقد . وأما اذا كان مما لاضرر فى تبعيضه فيجوز مثل أن يقول أبيعك عشرة دراهم من هذه النقرة فيجوز لأنه لاضرر فى تبعيضها فهو كبيع قفيز من صبرة. ثم ذكر بعد هذا فى باب البيع يقع على شىء فيصادف على خلافه وما يفسد ومالا يفسده .قال فى أواخره وقدمنا أن بيع مايلحق تسليمه ضرر لايصح وقد ذكر محمد فى كتاب الشفعة فى بناء بين شريكين والأرض لغيرهما باع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز لأنه لايمكن تسليمه الا بنقض البناء وفى ذلك ضرر . وذكر فى الكافى شرح الوافى لو باع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب أنه لايصح عندنا خلافا لمالك وكان شمس الأئمة الحلوانى والفضلى يفتيان بالجواز فى الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك ويجعلان الموجود أصلا فى العقد وما يحدث بعده تبعاله استحسانا لتعامل الناس . وقد روى عن محمد فى بيع الورد على الاشجار أنه يجوز ومعلوم أن الورد لايخرج جملة ولكن يتلاحق البعض بالبعض والأصح أنه لايجوز . وذكر فى الأجناس للناطفى قال وذكر فى كتاب الشفعة من الأصل لو اشترى نصيب أحد الشريكين من البناء من غير أرض لم يجز البيع وكذلك النخل والشجر فى هذا . فقد صرح أن فى شجر مشتركة اذا

باع أحد نصيبه من رجل لم يجز وكذلك النخل والشجر ولو باع من شريكه جاز. وفي نوادر هشام ولا يجوز أيضا من شريكه . ولو كان الزرع بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحدهم لم يجز وان باع منهما جاز ، هذا لفظ كتاب الصلح . ولو اشترى أذرعا من خشبة أو من ثوب من جانب معلوم لايجوز وان قطعه وسلمه الى المشترى ليس للمشترى ألا يقبله وله أن يفسد البيع قبل تسليم البائع اليه فعلى هـذا اذا باع غصنا من شجرة من موضع معلوم لم يجز هذه عبارة الأجناس. وذكر في منية المفتي باع نصيبه من مال مشترك من شريكه أو من الأجنبي باذن شريكه جاز وان كان بغير اذن شريكه فان كانت الشركة بالخلط أو بالاختلاط بنفسه لايجوز وان كانت بالارث أو الهبة أو الشراء جاز . باع نصيبه من شجرة مشتركة من الأجنبي لايجوز ولو من أحد شريكيه اذا كانوا ثلاثة ومن شريكه جاز ولا يجوز بيع الزرع المشترك لا من الأجنبي ولا من الشريك الا أن يقطع ولو لم يفسخ حتى أدرك جاز . باع العامل من رب الأشجار حصته من الثمار جاز وعكسه لا لأن فيه للعامل تركه عليها ولو لم يتتاركا حتى أدركت جاز زوال المفسد كمن باع الجذع في السقف وأخرجه وسلمه . وعلى هذا رب الأرض من الأكار في الزرع . باع نصيبه من بناء من أجنبي بغير اذن شريكه لا يجوز . اشترى نصف حائط بأرض جاز وبلا أرض لا الا من الشريك وبيع نصف الزرع مع الأرض جائز . وذكر في القنية مبطخة بينهما باع أحدهما نصيبه من انسان بغير أرض لايجوز (شب) يجوز برضا صاحبه (بج) ولو أجازه الشريك له الا يرضى بعد ذلك (قم شب) بيع نصف الزرع مشاعا من غيره قبل أن يدرك لايجوز الابرضا صاحبه وقال الامام ابو بكر محمد بن الفضل لايجوز وان رضي صاحبه (حت) الشجر كالزرع في ذلك وكذا شراء نصف حائط بأرضه جائز وبغير ارضه لايجوز من غير شريكه والظاهر في الحائط جوازه (قم) باع أحد الشريكين نصف المحصرم مشاعا وسلم ثم باع شريكه نصفه منه أيضا صح الثاني وانقلب الأول جائزا (سم لا كج) باع نصف عمارة ضيعته مشاعا والرقبة للوالي قال رحمه الله تعالى وعند الشافعي يجوز بيع نصف

الهارة مشاعا وبه كان يفتى (مع عج) من غير تفصيل (شب) منه بخلاف بيع نصف الزرع لأن الهارة للبقاء فتشبهت بيع الرقبة ولا كذلك الزرع. قال رحمه الله فالحاصل أن في جواز بيع نصف الهارة اختلاف الرواية بين المشايخ والجواز أصح وأرفق (ص) زرع بين ثلاثة باع أحدهم نصيبه من أحدهم لم يجز ولو باع منهما جاز (قع عب) بنيا في أرض الغير أو زرعا فيها غصبا فباع أحدهما نصيبه جاز لأن القلع مستحق عليهما

قلت فتحرر لنا من هذه النقول أن بيع الحصة من الزرع المشترك والمطحنة المشتركة والثمرة بغير الأرض لايجوز من الأجنبي فلو رضي شريكه هل يجوز؟ ذكر في الذخيرة مما قدمناه ماصورته: ومسألة المطحنة تدل على أن بيع نصف الزرع بدون الأرض لايجوز وان رضي بصاحبه أي شريكه. وذكر في القنية لايجوز الا برضا صاحبه وقال محمد بن الفضل لايجوز وان رضي به صاحبه ورواية هشام عن محمد أنه لايجوز بيع نصف الزرع المشترك من شريكه ولا من غيره تدل على أنه وان رضي بصاحبه انه لايجوز في هذه الصورة بالطريق الأولى. وما ذكره قاضيخان من قوله (قيل له لو ان الشريك الذي لم يبع أجاز بيع الشريك هل له ألا يرضى بعد الاجازة قال له ذلك) يقتضي أنه اذا رضي جاز. وفي المحيط وكذا اذا باع نصيبه برضا شريكه لايجوز. وفي البدائع فباع أحدهما نصيبه قبل الادراك لم يجز لأنه لايمكنه تسليمه الا بضرر صاحبه لأنه يجبر على القطع للحال وفيه ضرر به. فصار معنى نقل الذخيرة وقول أبي بكر محمد بن الفضل البخاري ودلالة رواية هشام ونقل المحيط أنه لايجوز البيع وان رضي به شريكه. وخالف هؤلاء ماذكر في القنية وفتاوى قاضيخان أنه يجوز برضا شريكه وما ذكره في البدائع فهو صريح في أنه انما لم يجز لأجل الضرر الذي يلحق بالشريك فظاهره أنه اذا رضي به يصح لأن الرضا جاء من قبل من له الحق والانسان قد يرضى بأسقاط حقه ويتحمل الضرر كما اذا أراد الجار أن يخرج جزوعا على جاره فانه ليس له ذلك فلو رضي بحاره جار وان كان فيه ضرر عليه كذا هنا فحصلت مخالفة بين هذه

النقول التي ذكرناها ولابد لنا من أن نتمحل فنجمع بينها . والذي يظهر لي من التوفيق والجمع أن يحمل ماذكره في الذخيرة والمحيط ونقل عن أبي بكر بن الفضل من أن المراد من قول هؤلاء أنه لايجوز وان رضي به اذا كان يقصد المشتري اجبار الشريك على القلع لأنه وان رضي به لايجبر على تحمل ذلك الضرر ولاشك أنه ضرر بين كما قالوا فيما اذا باع نصف زرعه من رجل وكل الزرع له حيث لايجوز قالوا لانه يطالب المشتري بالقلع فيتضرر البائع فيما لم يبعه وهو النصف الآخر فصار كبيع الجذع في السقف، أما اذا لم يقصد المشتري اضرار الشريك وقد رضي به الشريك فيجوز ويبقى على حاله الى الادراك فهذا ليس فيه ضرر على أحد.

وما علله في المحيط يفهم منه هذا الذي ذكرنا من التوفيق فانه قال «لأن في هذا ضررا والانسان لايجبر على تحمل الضرر وان رضي به» فجعل العلة عدم الجواز نفس القلع والضرر المرتب عليه فاذا أمن الضرر جاز، وعلى ماقررناه قد أمن الضرر فيجوز فانتفى الاختلاف بين النقول وحصل الجمع بين المنقول، فان قيل القصد الذي ذكرتم لايمكن الوقوف على حقيقته ولالنا طريق الى الالزام به فيبقى معرضة أن يتغير ويطلب القلع في ثاني الحال ولهذا فكان الضرر ما أمن فلم يحصل الجمع حينئذ، قيل له الكلام فيما اذا دام الرضا بدوامه الى وقت الادراك أما اذا تغير فلا كما قال قاضيخان في أنه يصح البيع برضا الشريك فلو أنه بعد الرضا له أن لايرضى فله ذلك وكذا هنا نقول ان دام الحال ولم يطلب المشتري القلع فالبيع جائز الى وقت الادراك فينعقد ويلزم وان لم يستمر الحال وطلب القلع لم يجب الى ذلك نظرا للشريك فان طلب هو أو البائع النقض فسخ البيع لأنه فاسد مستحق الفسخ وان سكت الى وقت الادراك انقلب جائزا لأن المانع من الجواز قد زال . هذا الذي ينبغي أن يحمل عليه كلام صاحب المحيط والذخيرة لأجل الجمع والتوفيق . على أن في كلام الذخيرة نظرا: وهو أنه ذكر أولا أن أحد الشريكين اذا تصرف في المحل المشترك تصرفا يتضرر به صاحبه وان كان يقبل الرد لايجوز له تصرفه الا برضا شريكه ثم قال: ومسألة المطبخة تدل على أن بيع نصف الزرع بدون الأرض لايجوز وان

رضى به صاحبه فيا نقل الرواية انه وان رضى بصاحبه أنه لايجوز بل أتى بها على وجه التفقه وان مسألة المبطخة تدل عليه وليس كذلك لأن مسألة المبطخة ليس فيها رواية « وان رضى به شريكه لايجوز » بل الجواب فيه خرج على وجه الاطلاق فيحمل على التقييد في غير هذا الموضع وهو أولى فنقل صاحب المحيط وعدمه هو الذى ذكر فيه أنه لايجوز وان رضى به شريكه ويتعين حمله على ماذكرنا لأنه أولى من الاختلاف ومن خالفه فقوله أقرب الى الفقه لأن الحق الشريك فاذا رضى به لم يصح

وأما ما يتعلق ببيع نصف الزرع والثمرة وسائر أنواع الزراعة من الشريك بدون الارض كارض بين رجلين وفيها زرع لهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع شريكه بدون الارض فان هذا لايجوز أيضا كما نقلناه من المحيط والذخيرة. لكن في المحيط ذكر فيه روايتين والمختار للفقيه أبي الليث عدم الجواز وفي الذخيرة أطلق الجواب على عدم الجواز. هذا كله فيما اذا لم يكن الزرع مدركا. ولو باع نصيبه من الزرع مع نصيبه من الارض من شريكه أو من أجنبي فانه يجوز رضى بشريكه أو لم يرض

بقي مما يشكل علينا ما ذكره في الذخيرة نقلا عن الأجناس وهو . قال اذا باع النصف من الزرع المشترك من شريكه يجوز في ظاهر الرواية وروى هشام عن محمد أنه لايجوز هذه عبارة الذخيرة ثم فتشت الأجناس على هذا فلم أجد مسألة الزرع التي ذكرها في الذخيرة نقلا عنه بالكلية ولا أنه ظاهر الرواية بل الذي ذكره في الأجناس ما قدمناه وهو قد نص على الجواز فيه فانه قال : زرع بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه لواحد لم يجز ولو باعه منهما جاز . ونص في المنية أن بيع الزرع المشترك لايجوز لا من أجنبي ولا من الشريك الا أن يقطع : فصار لنا في هذه المسألة وهي بيع الحصة من الزرع والثمرة من الشريك روايتان في رواية يجوز وفي رواية لايجوز وهذه الرواية اختارها أبو الليث وعليها جواب عامة الاصحاب ولكنها لايجرى على اطلاقها بل تحمل على ما اذا كان في صورة يحصل فيها ضرر

بالقطع كما اذا باع رب الأرض من الأكار حصته من الزرع فانه لايجوز لأنه يكلف الأكار بالقلع فيتضرر بقلع نصيبه الذى كان له قبل الشراء. وأما اذا كان فى صورة ليس فيه ضرر على أحد فلا يمنع من الجواز بالاتفاق كما اذا باع الأكار حصته من الزرع أو من الثمرة لشريكه مالك الأرض فانه يجوز اتفاقا لأنه يمكنه تسليمه من غير ضرر ولا يجبره أحد على قلعه وتفريغ الأرض. فالرواية التى اختارها أبو الليث وعليها عامة الأجوبة محمولة على هذا ولا يجوز أن تجرى على اطلاقها، والدليل عليها ما ذكره فى المحيط فى التعليل لها حيث قال ولأن البائع يطالب المشترى بقلع ما اشترى منه ليفرغ نصيبه من الأرض ولا يمكنه ذلك الا بقلع الكل ومتى قلع الكل يتضرر به المشترى فيما لم يشتره وهو نصيب نفسه، وعلله فى مسألة بيع الأكار نصيبه من رب الأرض فقال لأنه يمكنه التسليم بدون القسمة فلا يتضرر به أحدهما. فعلمنا أن ما قاله أبو الليث واختاره من عدم الجواز اذا كان فى صورة يتضرر المشترى بالقلع أما اذا لم يتضرر فلا. وكذا يجب أن يحمل جواب من أطلق من الأصحاب كصاحب المنية وغيره على هذا التفصيل. فتلخص الجواب حينئذ أنه اذا باع من شريكه الذى لاحق له فى الأرض لايجوز على المختار. هذا آخر ما تحقق من تحرير الكلام على مسألة بيع الحصة من الزرع والبطيخة والثمرة من الشريك ومن الأجنبى

بقى لنا مسألة الغرس والبناء المشترك اذا بيع منه حصة لأجنبى أو لشريك هل يجوز أم لا وهل يكون حكمه حكم الزرع والثمرة أم لا وهل يفترق الحكم بين الغرس والبناء أم لا؟ وتحرير الكلام فى ذلك كله فنقول وبالله المستعان

ما نقلناه من المحيط فى هذه الأوراق يقتضى التسوية بين الزرع والثمرة والنخل والحائط والجواب فى الكل واحد وقد قدمناه فى مسألة الزرع وما ذكره غيره كقاضيخان فانه قال: لو كان بينهما أرض ونخل فباع أحدهما نصف الشجر من رجل لايجوز وقال أيضا ولو كانت الشجرة بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من أجنبى لايجوز ولو باع من الشريك جاز ولو كانت بين ثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه

لايجوز ولو باع منهما جاز . فقوله من الأجنبي ظاهر أنه لايجوز وأما قوله في الصورة الثانية منها اذا كانت الشجرة بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من الشريك جاز أيضا مما لايجوز أن يجرى على ظاهره بل يجب أن يقال لايخلو اما ان كانت الأرض لهما أيضا أو لغيرهما أولأحدهما ، فاذا كانت لهما فلايجوز بيع أحدهما حصته من الآخر بدون الأرض قياسا على الزرع كما تقدم وان كانت الأرض لغيرهما بأن غرسا في أرض الغير بطريق شرعى فباع أحدهما نصيبه من الشجر لشريكه فلا يخلو اما ان كانت الأرض مناصبة أو استأجرا أرضا للغرس فغرسا في المدة وباع أحدهما نصيبه من الغرس في المدة فان كانت مناصبة فينبغي أنه اذا باع من شريكه الذى الأرض له أنه يجوز وان باع من الشريك الذى لاأرض له أنه لايجوز كما في الأكار مع رب الارض . وان كانت اجارة فينبغي ألا يجوز بيع نصيب أحدهما الامن الشريك ولامن الاجنبي أما الاجنبي فظاهر وأما من الشريك فلا يجوز أيضا قياسا على ما اذا كان الزرع لهما والارض بينهما وقد قدمنا انه لايجوز فكذا هنا . وان كانت الأرض لأحدهما فلا يخلو اما ان يبيع صاحب الارض نصيبه لشريكه واما ان باع الشريك نصيبه لشريكه صاحب الارض ففي الاول لا يجوز وفي الثاني يجوز قياسا على مسألة الاكار في الزرع وقد تقدمت . فقول قاضيخان « وان باع من الشريك جاز » محمول على هذا التفصيل ويتقيد بالصورة الاخيرة لا على اطلاقه ، ويبقى قوله وان باع من الشريك جاز أي باع الشريك حصته من الشجر لشريكه الذى له الارض لا غير تصحيحا لكلامه وجمعا بينه وبين غيره . ومما يؤيد هذا قوله في الصورة الثانية وهي ما اذا كانوا ثلاثة فانه جعل الجواب كالجواب في الزرع فليستأنس به على أن مراده التقييد المعروف في مسألة الزرع لأن الغراس حكمه حكم الزرع . وفي التتمة جعل مسألة الشجرة مقيسا عليها كمسألة الزرع فانه قال وكذلك الزرع المشترك . وكذا اطلاق جواب الأجناس الذى نقلناه هنا يجب أن يحمل على هذا التفصيل أيضا وهو قوله وان باعه من شريكه جاز مثل ما ذكر قاضيخان . والذى ذكره في القنية يؤيد ما نقلناه من أن الشجر

حكمه حكم الزرع فانه صرح وقال والشجر كالزرع فى ذلك

مسألة

واما مسألة بيع الحصة من البناء المشترك دون الأرض فاعلم أن هذه المسألة ذكرها الأصحاب بعبارات مختلفة مما نقلناه عنهم فى هذه الأوراق و ما ان شاء الله تعالى أعيد عبارة كل واحد منهم وأتكلم عليها بمفردها و أتبع الكلام بعد ذلك بتلخيص الجواب وتحرير ما قيل عنهم بحسب الوسع والطاقة مستمدا من الله سبحانه المعونة وهو خير معين فابدأ بالكلام بعبارة المحيط فاقول

ذكر فى المحيط هذه المسألة وصورها فى الحائط وجمعها مع مسألة الزرع والثمرة على النخل وذكر أنه اذا باع الشريك نصيبه من الزرع أو الحائط بأرضه أو بغير أرضه وأنه اذا باع من شريكه او من أجنبي الى ما نقلناه عنه ، ثم قال فى أثناء كلامه . وأما اذا باع نصيبه من الزرع والحائط والثمر من شريكه ففى رواية يجوز لانعدام الضرر وفى رواية لايجوز وهو المختار للفقيه أبى الليث ، هذا الذى ذكره فى مسألة بيع الحصة من البناء وأوردها فى الحائط . فالكلام فيها على ما قاله كالكلام فيما تقدم فى مسألة الزرع والثمرة . وأما صاحب الذخيرة فانه أفردها فى ضمن الكلام فانه قال ، وعلى هذا اذا باع نصف البناء بدون الأرض ان كان مستحقا للبقاء لايجوز وان كان متعديا جاز . وأما قاضيخان فانه وضع المسألة فيما اذا كانت الدار لرجل فباع نصف بنائها من غير أرض من رجل لايجوز . أما صاحب البدائع فانه قال بناء بين رجلين والأرض لغيرهما فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز لأنه لايمكنه تسليمه الا بضرر وهو نقض البناء . وأما صاحب التتمة فانه ذكر المسألة فقال ، بناء بين رجلين باع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير اذن شريكه لايجوز وكذلك الزرع والشجر ولو باع من شريكه يجوز . وفى نوادر هشام لايجوز . وأما صاحب الخلاصة فانه قال وفى التجريد قال محمد فى بناء بين رجلين والأرض لغيرهما فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز . وأما القدورى فانه ذكر

في شرحه مختصر الكرخي فقال وقد ذكر محمد في كتاب الشفعة في بناء بين رجلين والأرض لغيرهما باع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بنقض البناء وفي ذلك ضرر . فأما الزاهدي فانه ذكر المسألة في القنية فقال باع نصف عمارة ضيعته مشاعا والرقبة للوالي صح قال رحمه الله وعند الشافعي يجوز بيع نصف العمارة مشاعا والرقبة للوالي به كان يفتي (بج عبح) من غير تفصيل (شب) مثله . بخلاف بيع نصف الزرع لأن العمارة للبقاء فاشبهت الرقبة ولا كذلك الزرع . قال رحمه الله فالحاصل أن في جواز بيع نصف العمارة مشاعا اختلاف الروايتين من المشايخ والجواز أصح وأرفق . وأما الناطفي فانه ذكر في أجناسه فقال . وذكر في كتاب الشفعة من الأصل لو اشترى نصيب أحد الشريكين من البناء من غير أرض لم يجز البيع وكذلك النخل والشجر فهذا قد صرح أن في شجرة مشتركة باع أحدهما نصيبه من رجل آخر لم يجز وكذلك النخل والشجر . ولو باع من شريكه جاز . وفي نوادر هشام لا يجوز أيضا من شريكه . وأما صاحب المنية فانه قال باع نصيبه من بناء من أجنبي بغير اذن شريكه لا يجوز . اشترى نصف حائط بأرض جاز وبلا أرض لا الا من الشريك . هذه عبارات الاصحاب .

فنقول . البناء المشترك بين اثنين لا يخلو اما ان كانت الارض لهما ايضا أو لغيرهما ولا لأحدهما . فان كانت الارض لهما فباع أحدهما نصيبه من الارض والبناء جاز بالاتفاق سواء باع من شريكه أو من أجنبي وان باع نصيبه من البناء دون الأرض فلا يخلو اما ان باع من شريكه أو من أجنبي وان باع نصيبه من البناء دون الارض فلا يخلو اما ان باع من شريكه او من أجنبي . فان باع نصيبه من شريكه ففيه روايتان كما ذكره صاحب المحيط . والمختار عدم الجواز لانه يكلف المشتري بالقلع فيتضرر به كما علله أبو الليث وان باع من اجنبي لا يجوز رواية واحدة وان كانت الأرض لغيرهما فهذه الصورة هي التي ذكرها صاحب البدائع والقدوري وصاحب الخلاصة وجعلوا الجواب فيها انه اذا باع نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز فتقتضي عبارة انه اذا باع من شريكه يجوز لكن ما ينبغي أن يتعدى هذا المفهوم الى كل

الصور بل يختص بالصورة التي لا يمكن الشريك البائع فيها ان يكلف المشترى قلع البناء وصورتها . اذا استأجرا أرضا للبناء مدة معلومة فبنيا فيها بناء مشتركا بينهما فباع احدهما حصته من البناء لشريكه بعد انقضاء المدة قبل ان يطالب بالقلع فان في هذه الصورة لا يمكن البائع ان يكلف المشترى القلع لأنه لاحق له فى رقبة الارض لا من جهة ملك العين ولا ملك المنفعة لأنه فى المدة كان مالكا لمنفعتها مع شريكه فلما باعه نصيبه من البناء لم يبق له فيه حق يخشى منه القلع لأن العارية قد انقضت مدتها فيجوز البيع من شريكه في هذه الصورة. فأما اذا استأجرا أرضا للبناء مدة معلومة اجارة صحيحة شرعية فبنيا فيها بناء مشتركا بينهما ثم باع أحدهما حصته من البناء لشريكه من غير أن يؤاجر منه نصيبه من الأرض فان فى هذه الصورة يمكن البائع الزام المشترى بقلع البناء لأن الأرض فى اجارته ويطالب اخلاءها حتى يستوفى منفعتها المملوكة له بعقد الاجارة كما لو كان فيها عوض البناء زرع لم يدرك ويجرى فى هذه الصورة أيضا اختلاف الروايتين رواية الجواز وعدمه وهى الرواية المختارة كما ذكره أبو الليث . فالأليق ان يحمل مفهوم قولهم على هذا الذى فصلناه حتى يكون على هذه العبارة محمولا على الرواية المختارة القريبة من الفقه وان كان يمكن أن يحمل الى غير ذلك عملا بالرواية الأخرى ولكن الاليق ما قلناه لأنه اشبه بالفقه وموافق لاختيار رأى أبى الليث السمرقندى كيف وان رواية هشام صريحة فى انه لايجوز أيضا من شريكه كما نقله الناطفى . وان كانت الأرض لاحدهما وصورتها رجلان بنيا حائطا بين مرابضهما وأرض الحائط لاحدهما وتراضيا على ذلك وبنيا الحائط من مالهما ثم باع أحدهما نصيبه فى هذا الحائط فلا يخلو اما ان يبيع نصيبه من البناء لأجنبى أو لشريكه فان باعه لأجنبى لايجوز وان باع لشريكه فلا يخلو اما ان باع صاحب الارض نصيبه من الشريك الآخر او على العكس وفي كلتا الصورتين ينبغى أن يجوز هذا البيع ويفارق بيع الزرع والغراس فى الصورة الواحدة وهى بيع صاحب الأرض من شريكه فان فى مسألة الزرع والغراس لايجوز أن يبيع صاحب الأرض من الاكار وعكسه يجوز لانه هنا ليس البناء مستحقا للبقاء بمدة لازم لأنه

لا يكون الا على وجه الاباحة أو العارية فإن الأرض التى تحت الحائط اذا كانت ملكا لأحدهما والبناء بينهما فما يكون بناء الآخر مع صاحبه الا بطريق الاباحة أو العارية وأيا ما كان فليس بلازم بخلاف الزرع والغراس لأنه يكون بعقد لازم وهو المزارعة أو المناصبة فإذا باع صاحب الأرض نصيبه من الشريك فى الزرع أو الغراس فقد باع ما هو مستحق للبقاء بنص المزارعة والمناصبة فيكلف البائع المشترى القلع فيتضرر بقلع النصيب الآخر الذى لم يبع وهو كان مستحقا للبقاء فلا يجوز بخلاف هذه المسألة لأن بناء الشريك انما كان بأحد الطريقين اللتين ذكرناهما فلم يكن مستحقا للبقاء فصار كالغاصب الذى لم يكن شريكا فى البناء فى الحائط حق القرار فصار القلع مستحقا ومستحق القلع كالمقلوع ولو كان مقلوعا حقيقة جاز بيع نصفه كذا هنا . على ان هذا البحث بعينه ذكره صاحب الذخيرة كما قدمناه عنه اللهم ألا ان يقال انه قد يكون فى صورة لازمة وهو أن يؤجره نصف أرضه ثم يبنى هو والمستأجر فيها بناء وفى هذه الصورة يجاب بأنه مثل مسألة الزرع وأنه يجرى فيه روايتان رواية الجواز وعدمه وعدم الجواز هو المختار

وأما قول التتمة والمنية : فباع أحدهما نصيبه من أجنبى بغير اذن شريكه لم يجز وان مفهوم ذلك أنه اذا كان باذن الشريك يجوز فالكلام فى هذا كالكلام فى مسألة الزرع وقولهم برضا صاحبه وبغير رضا صاحبه وقد تقدم الكلام فيها

وأما قول صاحب القنية : باع نصف عمارة ضيعة والرقبة للوالى وانه يجوز بيع العمارة المذكورة وبه كان يفتى بكر خواهر زاده والعلاء الحمامى او العلاء الخياطى او عبد الرحيم الحلونى أو عمر الحافظ فانه رمز (شح) وهى تحتمل الكل وفرق بما فرق وهذه هى المسألة التى ذكرها القدورى وصاحب البدائع والخلاصة ، ونقل هنا فتوى من ذكره لا يصلح معارضا ولا يجوز العدول به عما نقله القدورى عن الاصل وصاحب البدائع وصاحب الخلاصة فإن الذى نقلوه رواية وهذا اختيار فتوى بعض الاشياخ ولم ينص على أن الفتوى عليه بل قال وبه كان يفتى فلان وفلان ويحتمل أنهما لم يظفرا بالرواية وهو الأليق بهما . واذا

دار الامر بين أن يفتى بما ذكره القدورى وصاحب البدائع والخلاصة من رواية وبين ماذكره فى القنية من هذا القدر فلا يجوز أن يفتى الا بما ذكره القدورى ومن وافقه . وأما الفرق الذى فرق به فما تحته طائل ولا هو قريب من الفقه لأن الضرر فى الزرع والبناء واحد وخشية القلع متوقعة . وقوله « لأنها انتفاء فأشبهت بيع الرقبة » ليس بشيء لانه لايعدم المطالبة بالقلع التى يتضرر بها . وقوله فالحاصل أنه فى جواز بيع العمارة مشاعا اختلاف الرواية بين المشايخ والجواز اصح وأرفق . أما قوله اختلاف الروايتين فهو فى الشريك . أما فى الاجنبى فلا واذا كان كذلك فأبو الليث رحمه الله قد اختار عدم الجواز وهو موافق لرواية هشام أيضا وما ذكر أحد أن الاصح عند الا فى هذا الموضع من القنية والظاهر انه من عند المصنف لا أنه ظفر برواية أن الذى ذكره هو الاصح . وفى الجملة فالذى يجب أن يعمل بما قاله القدورى وصاحب البدائع والخلاصة لايعدل عنه الى ماذكره فى القنية والله اعلم . فتلخيص الكلام فى بيع الحصة من البناء المشترك بدون الأرض انه ان باع الشريك حصته من الأجنبي لايجوز وانبياعها لشريكه الآخر ينبغى أن يجوز البيع سواء كانت الارض للبائع أو للمشترى . فان كانت لغيرهما فلا يخلو اما ان كانت فى أيديهما بإجارة أو باعارة أو بغصب فان كانت باجارة بينهما فلا يخلوا اما ان آجر البائع نصيبه من الارض من المشترى أولا ثم باعه نصيبه من البناء أولا . فان آجره نصيبه من الارض ثم باعه حصته من العمارة صح البيع وان لم يؤاجره نصيبه من الارض لايجوز ، وان كانت بعارة لها من مالكها وقد اعارها منهما مدة معلومة فبنيا ثم باع أحدهما نصيبه من البناء لشريكه وقد مضت المدة فانه يصح وان باعه قبل مضى المدة ينبغى أن يجرى فيه الروايتان وان كانت غصبا بينهما بان تعديا فى أرض الغير وبنيا بناء ثم باع احدهما نصيبه من البناء لاجنبي فانه يجوز هذا البيع للاجنبي والشريك لأنه غير مستحق البقاء بل هو مستحق النقض والمستحق للقلع كالمقلوع حقيقة فكأنه باع نصيبه وهو مقلوع ولو باع وهو مقلوع صح فكذا هنا . فاما الأحكار التى فى ديارنا فالغالب فيها أنها

تكون بغير أجاير بل تعرف بمسح الارض وتعرف بكسر هو فرض على كل مائة ذراع مكسورة مبلغ من الدراهم على اختلاف البقاع والمحال ويبقى الذى يبنى فيها يؤدى ذلك القدر فى كل سنة من غير اجارة شرعيه فهذا ينبغى أن يكون من قبيل العمارة التى هى غير مستحقة البقاء فينبغى أن يجوز بيع الحصة منها من الاجنبي ومن الشريك مطلقا كما قلناه من القنيرة لأن مستحق القلع كالمقلوع حقيقة ولان الذى باع نصيبه من العمارة ليس له فيها حق يخشى منه ازلم المشترى بتفريغ الارض فيتضرر ، هذا فى نفس الحكم فى هذه المسألة ، أما اذا رفع الى القاضى بيع حصته من بناء وطلب منه ثبوت ذلك التبايع والحكم به ولم يطلب منه الحكم فانه يكشف عن امر القرار فاذا تبين عنده ان البناء الذى بيع منه الحصة مستحق البقاء والقرار فيعمل فيه على ماقدمناه أولا من التفصيل ، وان ثبت عنده أنه غير مستحق البقاء سمع بينه التبايع وأثبته وحكم به ان شاء . وكذا الجواب فى الغراس والزرع ان ثبت عنده ان ذلك مستحق البقاء اثبته كما قلناه فى البناء والله سبحانه وتعالى اعلم

مسألة

بيان حكم المقبوض على سوم الشراء اذا هلك فى يد الذي أخذه وتحرير الكلام فى ذلك .

ذكر فى القنية فى باب الصاد فى القبض على سوم الشراء (بم ط) عن أبى حنيفة رحمه الله قال له هذا الثوب لك بعشرة دراهم فقال هاته حتى أنظر فيه أو قال حتى أريه غيرى فأخذه على هذا وضاع منه فلا شىء عليه ، ولو قال هاته فان رضيته أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن (ط) أخذ منه ثوبا وقال ان رضيته أشتريه فضاع فلا شيء عليه وان قال ان رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته لأن المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال السائم هاته حتى أنظر فيه وقبضه على ذلك فضاع لا يلزمه

شيء (حب) ولا يجب ضمان السوم الا بذكر الثمن ، فقيل هو قول أبي يوسف ويكفي عند محمد رحمه الله أن يميل قلبهما . وذكر في المحيط قال : وأما حكم المقبوض على سوم البيع مضمون بالقيمة متى بين له ثمنا وان لم يبين له ثمنا لم يكن مضمونا لأنه متى بين ثمنا يكون الاستيام أخذا للعقد فيكون وسيلة الى العقد فتلحق بحقيقة العقد في حق الضمان دفعا للضرر عن المالك لأنه ما رضي بقبضه الا بعوض فصار القابض ملتزما العوض وعوضه الأصلي هو القيمة ما لم يصطلحا ويتفقا على المسمى ومتى لم يبين له ثمنا لم يكن أخذه للعقد فلا يمكن الحاقه به . وفي المنتقى: ولو قال لآخر خذ هذا الثوب بعشرين فقال المشتري آخذه بعشرة فذهب بالثوب وهلك في يده فعليه قيمته لأن قبضه لجهة البيع وقد بين له ثمنا ولو استهلكه فعليه عشرون لانه بالاستهلاك صار راضيا بالبيع بالمسمى دلالة حملا لفعله على الصلاح والسداد ولو قال البائع رجعت عما قلته أو مات أحدهما قبل أن يقول المشتري رضيت انتقض جهة البيع . فان استهلكه المشتري بعد ذلك فعليه قيمته كما في حقيقة البيع لو انتقض بقي المبيع في يده مضمونا فكذا هنا . وذكر في فتاوى قاضيخان: رجل أخذ من البزاز ثوبا فقال أذهب به فان رضيته اشتريته فضاع من يده لا يضمن ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة كان ضامنا . الوكيل بالشراء اذا أخذ السلعة على سوم الشراء بعد بيان الثمن فأراها للموكل فلم يرض بها الموكل فردها على الوكيل فهلكت عند الوكيل كان على الوكيل قيمتها لأنه أخذها على سوم الشراء وان لم يكن أمره لا يرجع لأن الأمر بالشراء لا يكون أمرا بالأخذ . رجل يبيع سلعة فقال لغيره انظر فيها فأخذها لينظر فيها فهلكت في يده لا يضمن وان قال الناظر بعد ما نظر فيه بكم تبيع قالوا يضمن والصحيح أنه لا يكون ضامنا الا اذا قال صاحب السلعة بكذا . وذكر في الفتاوى الظهيرية . والمقبوض على سوم الشراء لا يضمن الا بعد بيان الثمن في ظاهر الرواية . وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا بالقيمة اذا بين الثمن وبه أخذ الفقيه أبو الليث . وذكر في تتمة الفتاوى الكبرى: المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا

اذا كان الثمن مسمى ، نص عليه الفقيه أبو الليث في بيوع العيون ، فانه ذكر : اذا قال لرجل اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به فهلك لا يضمن ، وان قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك يضمن قيمته وعليه الفتوى . وذكر في خزانة الأكمل قال في موضع منها . وكل موضع يكون المبيع مضمونا عند المشترى بالثمن لابد من تحديد الثمن أما اذا كان مضمونا بالقيمة كسوم البيع والمضمون والمغصوب ينوب قبضه عن القبض المستحق فلا يحتاج الى تجديده . وذكر في موضع آخر قال . من المنتقى قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لو قال هذا الثوب بعشرة فقال المشترى هاته أنظر أو أريه فأخذه وضاع لاشيء عليه ، أما لو قال هاته فان رضيته أخذته وضاع يلزمه ثمنه . مساوم رجلا ثوبا فقال هولك بعشرين فقال المشترى لا بل بعشرة فذهب به ولم يرض البائع بعشرة فلا بيع بينهما ولكن ان استهلكه فعليه عشرون والقياس أن تجب القيمة . وعن محمد ابيعك هذا الثوب بعشرين فقال لا آخذه الا بعشرة فذهب فيلزمه خمسة عشر ان كان في يد المشترى حين ساوم . ذكر في التحرير من شرح الجامع الكبير للحصيرى قال : أصل الباب أن القبضين اذا تجانسا تناوبا واذا تغايرا ينوب الأعلى عن الادنى ولا ينوب الأدنى عن الاعلى فالقبض الذي يجانس القبض المستحق بجهة الشراء هو القبض الذي يوجب كون المقبوض مضمونا بنفسه وهو القيمة كقبض الغصب فينوب عن قبض الشراء حتى لو هلك قبل القبض وقبل التمكن منه يهلك من مال المشترى ، وكل قبض لا يوجب على القابض ضمانا ، وقبض كقبض الوديعة والعارية لو يوجب الضمان لكن لا يوجب ضمان المقبوض بنفسه كقبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء لكن ينوب عن قبض الهبة . وكذلك كل قبض هو قبض ضمان أو قبض أمانة ينوب عن قبض الهبة لان الشىء انما ينوب عن غيره ويتضمنه اذا كان مثله أو فوقه لانه وجد القبض المحتاج اليه . أما لا ينوب عما هو فوقه لانعدام القبض المحتاج اليه . وقبض الشراء قبض لنفسه مضمون بنفسه كالقبض في الغصب فقولنا قبض لنفسه لاشك فيه لان المشتري يقبضه لنفسه لا لغيره . وقولنا مضمون بنفسه لان

الموجب الاصلي في البيع هو القيمة وقيمته مسماه ونفس الشيء مسماه ثمنه قولنا مضمون بنفسه أي بقيمته وانما قلنا ذلك لان الاصل وجوب التساوي رعاية للجانبين والمساوي هو القيمة وانما يصار الى الثمن عند صحة التراضي بيعا شرعا لان وجوب المساوي للنظر لهما فاذا تراضيا عن شيء كان النظر لهما في وجوب ذلك تحصيلا لغرضهما ومقصودهما ولهذا كان الواجب في العقد الفاسد هو القيمة حكما للعقد لا للقبض وكذا في المقبوض على سوم الشراء والمقبوض بحكم البيع الذي فيه الخيار للبائع. فعلم أن الضمان الاصلي في البيع هو القيمة كما أن الموجب الاصلي في النكاح مهر المثل وانما يصار الى المسمى عند صحة التسمية كذلك هنا . قلت فتحرر لنا من هذا كله أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة اذا ذكر الثمن في حالة المساومة والمراد بذكر الثمن فيه ذكر الثمن من جانب المشتري لا من جانب البائع وحده ، فانه قال في القنية عن أبي حنيفة رحمه الله قال له هذا الثوب بعشرة دراهم فقال هاته حتى انظر اليه وقال حتى أريه غيري فأخذه على هذا فضاع منه فلا شيء عليه ، ولو قال هاته فان رضيت اخذته فضاع منه على ذلك الثمن . فمجرد ذكر البائع وحده ليس بموجب الضمان . وكذا في المسألة التي ذكرها بعد هذه المسألة لو قال ان رضيت أخذته بعشرة فعليه قيمته ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم حتى انظر اليه وقبضه وضاع لا يلزمه شيء . فعلمنا أن المراد من قول الاصحاب اذا ذكر الثمن أي من جهة المساوم لا من جهة البائع وحده وبقية الاصحاب الذين ذكرنا كلامهم ذكروا مثل ما ذكر في القنية فيتعين بهذا وليعلم فانه فائدة جليلة ، فان المتبادر الى الاذهان كان هو ذكر الثمن مطلقا سواء كان من جهة البائع أو من جهة المشتري وكذا المسموع من الفقهاء والشيوخ وليس الأمر كذلك فان كل المسائل تشهد بصحة ما حررناه فانه لو كان يكتفي بذكر الثمن من جهة البائع وحده لكان يجب الضمان في قولهم قال صاحب الثوب هو بعشرة أو خذه بعشرة وقال المساوم حتى انظر اليه وقبضه وضاع وهلك في يده أنه يضمن وقد نصوا في جميع الكتب انه لا يضمن ونصوا في جميع الصور التي فيها

ذكر الثمن من جهة المساوم وحده انه يضمن فعلنا أن ذكر الثمن الذي هو شرط في الضمان في المقبوض على سوم الشراء ان يكون من جهة البائع والمساوم معا أو من جهة المساوم وحده وأما من جهة البائع وحده فلا . وتصوير المساومة تقدم فيما نقلناه عن الاصحاب

بقي انه وقع في بعض المصنفات ما نقلناه عنه انه يجب القيمة وفي بعضها يجب الثمن ولا يخفى ما بين القولين من الاختلاف فان قول من قال الثمن المراد به المسمى في حالة المساومة وقد يكون أكثر من القيمة أو أقل منها ، واذا نظرنا الى ما قاله الشيخ جمال الدين الحصيري فيما نقلناه عنه وفيما نقله في المحيطين أن يكون المراد من قول من قال الثمن أنه القيمة لا نفس المسمى وذلك أن الشيخ جمال الدين المذكور قال في تعليله أصله لان الاصل وجوب التساوي رعاية للجانبين والمساوي هو القيمة وانما يصار الى الثمن عند صحة التراضي بها شرعا ، ثم قال وكذا المقبوض على سوم الشراء . ولا شك أن صحة التسمية لم توجد لأنها لا تكون الا عند التراضي منها ولم يحصل ذلك عند اذ لو حصل لكان بيعاً تاماً لأنه يكون بيعاً بالتعاطي وما كانت المسألة حينئذ تبقى مسألة المقبوض على سوم الشراء انما كانت مسألة البيع بالتعاطي . وكذا قول صاحب المحيط ولأنه مارضي بقبضه الا بعوض فصار القابض ملتزماً للعوض وعوضه الاصلي هو القيمة مالم يصطلحا ويتفقا على المسمى فيتعين أن يحمل قول من قال « فضاع يلزمه ثمنه » أي قيمته . وقد وقع هذا في عبارة الخزانة مما نقلناه في هذه الاوراق ، وفي القنية أيضا من قوله « فهو على ذلك ثمن » والمراد القيمة لما ذكرنا فيحفظ هذا أيضا فانه مزيل للاشتباه على من يقف على كلام القنية والخزانة . ثم وقع في كلام المحيط الفرق بين الهلاك والاستهلاك فانه نص على ما اذا قال خذ هذا بعشرين فقال المشتري آخذه بعشرة فذهب بالثوب وهلك في يده فان عليه القيمة وعلل بأنه قبضه لجهة البيع وقد بين له ثمنا ، وقال ولو استهلكه فعليه عشرون وعلل فقال لأنه بالاستهلاك صار راضيا بالبيع بالمسمى دلالة حملا لفعله على الصلاح ، فهذه عبارته وهو

فه حسن ونظر صحيح وهو موافق للقواعد والمنقول في الفتاوى ، فيحتاج الى التفصيل بعد ذلك في هذه المسألة فنقول

المقبوض على سوم الشراء اذا ذكر الثمن في حالة المساومة لايخلو اما أن ذكر البائع الثمن وحده أو المشتري وحده أو ذكراه معا ، وبعد ذلك فلا يخلو اما أن هلك بعد القبض بنفسه مثل أن يكون ضاع أو تلف بنفسه ، واما أن استهلكه المشتري: في الوجه الأول من القسم الأول لايلزم المشتري الضمان بذكر البائع الثمن وحده على ما قدمناه . وفي الوجه الثاني والثالث من هذا القسم انه اذا هلك بنفسه من غير استهلاك من المساوم فانه يضمن قيمته للبائع ، وظاهر كلام الاصحاب أنها تجب بالغة ما بلغت سواء كانت القيمة أقل مما سمى أو أكثر ، ولكن ينبغي أن يقال اذا زادت القيمة لايزاد بها على المسمى سواء كان ذكر المسمى في حالة المساومة من البائع والمساوم أو من المساوم وحده وذلك لأنه اذا كان ذكره منهما فقد رضي البائع بهذا القدر فلا يزاد عليه كما قلنا في الواجب في الاجارة الفاسدة وان كان من المساوم وحده فكذلك أيضا لأن البائع راض بهذه التسمية حيث سلم المبيع الى المساوم فصار في معنى ذكره الثمن بنفسه ، وفي الوجه الثاني من هذه القسمة وهو ما اذا استهلك المساوم المبيع أنه يلزمه المسمى لأنه صار راضيا بالتسمية دلالة فيلزمه المسمى

فتلخص لنا من هذا كله ان المقبوض على سوم الشراء مضمون ان ذكر البائع والمساوم في حالة المساومة ثمنا أو ذكره المشتري وحده واذا هلك في يد المساوم بنفسه يلزمه قيمته وينبغي أن يكون على ما قررناه وان استهلكه المساوم يلزمه الذي سمى البائع فان لم يكن للبائع تسمية تجب القيمة ولو قيل انه يجب ما سمى المشتري لكان له وجه والله أعلم

وأما قول صاحب القنية « ولايجب ضمان السوم الا بذكر الثمن قيل هو قول أبي يوسف ويكفي عند محمد أن يميل قلبهما » فمعناه أن اشتراط ذكر الثمن لأجل التضمين هو قول أبي يوسف وغيره فقد قال هو الصحيح وعليه الفتوى

ومعنى قوله ويكفى عند محمد أن يميل قلبهما أى انظر بذكرنا معناه ، ووجهه أن الشرط في الشرع حصول الرضا في باب البيع وقد حصل ولكن هذا لا يمكن الوقوف على حقيقته ولا يتوجه الالزام به عند القاضى لا بتصادقهما على ميل كل واحد منهما فيما يتعلق بنفسه . وتفسير هذا الميل والقياس أن يميل قلب البائع الى بيعه من هذا المساوم ويميل قلب المساوم أيضا الى شراء هذه السلعة ، هذا الذى يظهر لى فى تفسير الميل وما وقفت عليه فى كتاب الا فى القنية كما نقله لا غير . وأما قول قاضيخان « رجل بيع سلعة فقال لغيره انظر فيها فأخذها لينظر فيها فهلكت فى يده لا يضمن وان قال الناظر بعد ما نظر بكم تبيع قالوا يكون ضامنا والصحيح أنه لا يكون ضامنا الا اذا قال صاحب السلعة بكذا » فأوله لا اشكال فيه وآخره وهو قوله « والصحيح أنه لا يكون ضامنا الا اذا قال صاحب السلعة بكذا فهذا فى الظاهر يشير الى أن ذكر الثمن من جانب البائع يكفي فى الضمان ويبقى بعكس على ما قدمناه وقررناه وليس كذلك لان الجمع أولى من التعارض . وقول قاضيخان الا اذا قال صاحب السلعة بكذا أى وقال المشترى بكذا ، والا لزم الاختلاف بين الاقوال والتناقض بكلام نفسه . وأما قول صاحب الخزانة « عن محمد أبيعك هذا الثوب بعشرين قال لا آخذه الا بعشرة فذهب به يلزمه خمسة عشر ان كان فى يد المشترى حين ساومه » فوجهه مشكل ولم أقف له على وجه وانما ظهر لى شىء وهو أن العشرة لازمة بيقين وما زاد عليها ففيه نظر الى نظر من جانب البائع ونظر من جانب المساوم ولجاعهما يوجب التنصيف أما الذى من جانب البائع فهو رضاه بتسليم الثوب مع قول المساوم لا آخذه الا بعشرة ولذا اقتصرنا على هذا وحده كان يجب الا يلزم شىء سوى العشرة وأما الذى من جانب المساوم فهو أخذه الثوب مع قول البائع بعشرين وقوله دليل على عدم رضاه بما دونها فلما أخذها مع قوله بعشرين دل على انه راض بها قضية هذا أن يلزمه الذى قال البائع فدار الأمر بين أن تلزمه العشرة الزائدة بخصوصها وبين ألا تلزمه فيتنصف نظرا للجانبين هذا الذى ظهر لى فى ترجمة قول محمد فى هذه المسألة والله أعلم

مسألة

البراءة من العيوب فى المبيع والشراء بشرط البراءة من كل عيب وتحرير الكلام فى ذلك كله

ذكر فى شرح مختصر الطحاوى للاسبيجابى قال : والبيع بالبراءة من العيوب جائز فى الحيوان وغيرها سواه ويدخل فى البراءة ماعلمه البائع ومالم يعلمه . وما وقف عليه المشترى ومالم يقف عليه ، وسواء سمى جنس العيوب أو لم يسم وأشار اليه أولم يشر ، ويبرأ من كل عيب موجود به وقت البيع وعما يحدث بعده الى وقت القبض فى قول أبى حنيفه وأبى يوسف وقال محمد لايبرأ عن الحادث . وأجمعوا أن البيع لوكان بشرط البراءة من كل عيب به أنه لا يبرأ عن الحادث لأنه لما قال « به » اقتصر على الموجود . ولو قال بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد ولو وجد المشترى بالمبيع عيباً فأراد أن يرده بعد ماوقع الشراء بشرط البراءة من كل عيب فاختلفا فقال البائع كان هذا العيب موجوداً وقت البيع ودخل فى فى البراءة وقال المشترى هو حادث ولم يدخل فى البراءة فعلى قول ابى حنيفة وأبى يوسف لافائدة لهذا الاختلاف لأنه لايبرأ عنهما جميعاً عندهما وانما يفيد هذا الاختلاف على قول محمد ، فعلى قوله القول قول البائع مع يمينه على العلم أنه حادث. ولو أن رجلا قال لرجل بعتمنك هذا العبد على انه آبق أو على أنى بريء من اباقه وقال الآخر قبلت بطلت خصومته مع بائعه فى الاباق . ولو اختلف البائع والمشترى وادعى البائع ان البيع كان بشرط البراءة من كل عيب وأنكره المشترى فالقول قول المشترى مع يمينه . ولو اقام البائع البينة على ما ادعى بطل حق المشترى فى الفسخ . وذكر فى الذخيرة قال : نوع آخر فى البراءة عن العيوب . اذا باع شيئاً على انه بريء من كل عيب صح البيع وثبتت البراءة عن العيوب كلها وقال الشافعى رحمه الله لاتصح البراءة والصحيح مذهبنا لأن الابراء اسقاط فيه معنى التمليك أما كونه اسقاطا فبدليل أنه صح من غير قبول كالطلاق والعتاق واما كونه فيه معنى التمليك فبدليل انه يرتد بالرد وانما كانت

الجهالة لا تمنع صحته ؛ أما صحة الإسقاط فظاهر ، وأما صحة التمليك فلأنه تمليك لا يحتاج فيه الى التسليم لأن ما وقعت البراءة عنه مسلم من وقت البراءة له والجهالة اذا لم تمنع التسليم والتسلم لا تمنع أيضاً صحة التمليك كما لو اشترى قفيزاً من صبرة. ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهذا بناء على أنه اذا باع بشرط البراءة من كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض هل يصح أم لا عند أبي يوسف يصح وعند محمد لا يصح . ولو شرط أنه بريء من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا . وكذا اذا خص ضربا من العيوب صح التخصيص . ولو كانت البراءة عامة واختلفا في عيب وادعى المشتري أنه حادث وقال البائع كان به يوم العقد فالقول قول البائع في قول محمد . وقال زفر والحسن القول قول المشتري ولا يتأتى هذا على قول أبي يوسف لأن البراءة العامة تتناول القائم والحادث فلا يفيد هذا الاختلاف . وذكر في شرح القدوري للزاهدي قال: واذا اشترى عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها ، ويدخل في هذه البراءة من العيب الموجود والحادث قبل القبض عند أبي يوسف وقال محمد وزفر لا يدخل الحادث والخلاف بناء على أن شرط البراءة من كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند أبي يوسف خلافا لمحمد ، ولو شرط أنه بريء من كل عيب لم يدخل الحادث اجماعا ، ولو اختلفا في حدوثه فالقول قول المشتري . وكذا في البراءة العامة عند زفر والحسن خلافا لمحمد . وكذا اذا اختلفا في ازدياد العيب فالقول قول المشتري ، ولو خص ضربا من العيوب صح التخصيص . ولو قال أبرأ المشتري من كل عيب بعينه فاذا هو أعور لا يبرأ . ولو قال أنا بريء من كل عيب إلا الاباق فهو بريء من الاباق ، ولو قال الا الاباق فله أن يرد بالاباق ولو قال أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك . وذكر في فتاوى قاضيخان: رجل باع جارية وقال أنا بريء من كل داء ولم يقل من كل عيب فانه لا يبرأ عن العيوب عند أبي يوسف ، اذا اشترى رجل عبدا فقال له رجل ضمنت لك عماه ولكن أعمى ورده على البائع فانه لا يرجع على الضامن

شيء من الثمن ، ولو قال الصامن وان كان أعمى فعلي حصة العمى من الثمن فرآه أعمى كان له أن يضمنه حصة العمى . وذكر في البدائع : ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيوب عندنا سواء عمم العيوب بأن قال بعت على أني بريء من كل عيب أو خص بأن سمى جنسا من العيوب . ولو شرط على أني بريء من العيب الذي يحدث روي عن أبي يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد . وذكر في المبسوط قال : واذا برئ البائع الى المشتري عند عقد البيع من كل عيب فهو جائز وان لم يسم العيوب عندنا ، ثم بحث ثم قال : فاذا عرفنا جواز العقد بهذا الشرط قلنا تدخل فيه البراءة من كل عيب موجود وقت العقد فاذا حدث به عيب آخر بعد البيع قبل التسليم فهو داخل في هذه البراءة أيضا في قول أبي حنيفة رحمه الله وهو الظاهر من قول أبي يوسف وقال محمد وزفر والحسن لا تدخل البراءة من العيب الحادث في هذا الشرط وهو رواية عن أبي يوسف . فأبو يوسف يقول العيب الحادث قبل القبض لما جعل كالموجود عند العقد في ثبوت حق الرؤية فكذلك يجعل كالموجود عند العقد في دخوله في شرط البراءة من كل عيب لأن مقصود البائع اثبات صفة اللزوم للعقد والامتناع من التزام ما لا يقدر على تسليمه . وفي هذا لا يفرق بين العيب الموجود والحادث قبل القبض . ولو شرط البراءة من كل عيب به لا يتناول الحادث بالاتفاق . وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي قال : ومن اشترى شيئا وبرئ اليه البائع من كل عيب غائلة ثم وجد به عيبا فان وجد عيب السرقة والفجور والاباق لا يرد وان وجد عيب المرض فله أن يرد . وهكذا روى عن أبي يوسف فان الغائلة اذا ذكرت في البيع يراد بها هذا وان كانت تقع على غير هذا . باع وقال أنا بريء من كل داء ولم يقل من كل عيب لم يبرأ لأن الداء داخل في العيب أما العيب فليس بداخل في الداء . باع جارية فقال برئت اليك من كل عيب بعينها فاذا هي عوراء لا يبرأ ، وكذا لو قال برئت اليك من كل عيب بيدها فاذا يدها مقطوعة لا يبرأ لأن هذا ليس بعيب وان كانت أصبع واحدة مقطوعة برئ لأنه عيب في اليد . ولو قال من كل عيب بها يبرأ من ذلك كله لأن

الكل عيب في الجارية . ولو قال لآخر أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار ولا يدخل الدرك لأن العيب حق له قبله للحال والدرك لا

وذكر في الكافي شرح الوافي قال : واذا برئ البائع من كل عيب عند البيع صح وان لم يسم العيوب وليس له أن يرده بعيب ، وقال الشافعي رحمه الله لاتصح البراءة من كل عيب مالم يسم فيقول من عيب كذا وكذا وفي جواز البيع بهذا الشرط قولان وعند زفر يصح البيع ويبطل الشرط . والكلام في صحة شرط البراءة من كل عيب بناء على صحة الابراء عن الحقوق المجهولة كالديون فعنه الشافعي لاتصح وعندنا تصح لأن الابراء اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق ويصح بقوله أسقطت عنك ديوني ، والجهالة في الاسقاط لاتفضي الى النزاع وان كان في ضمنه التمليك باعتبار انه يرتد بالرد لانه لايحتاج فيه الى التسليم فيدخل في هذه البراءة العيب الموجود عند العقد والعيب الحادث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لايدخل الحادث .
وذكر في شرح مختصر الكرخي القدوري قال : اذا باع رجل شيئاً على انه بريء من كل عيب صح ولم يخص شيئاً من العيوب فذلك جائز في قولهم ، وقال الشافعي البراءة من العيوب المجهولة لا تصح الا أن يكون في باطن الحيوان ففيها قولان ، وهل يفسد العقد بشرط البراءة ؟ فيه قولان : لنا أن كل عيب لو ظهر وجب فسخ البيع به جاز ان ينعقد العقد غير موجب للفسخ به كالعيب المعلوم ولأن البراءة حكم يتعلق بالعيب والبراءة المجهولة جائزة وقال الشافعي لا يجوز وهو خلاف النص والاجماع ، أما النص فما روي أن رجلين تخاصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث قد درست فقال استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه» . وأما الاجماع فلأن المسلمين في سائر الاعصار اذا حضر أحدهم الموت استحلوا معامليهم من غير نكير ، وأما قول الشافعي ان شرط البراءة من المجهول يفسد العقد بخلاف الاجماع لأن زيد بن ثابت ابتاع من عبد الله بن عمر عبدا بشرط البراءة من كل عيب فأراد أن يرده بعيب فقال

ابن عمر بعتك بشرط البراءة وقال زيد انك لم تسم العيوب فاختصما الى عثمان رضي الله عنه فقضى على ابن عمر بالثمن ، فقد أجمعوا على صحة العقد مع هذا الشرط ولأن العيوب المجهولة معنى يثبت به الفسخ فشرط إسقاطه لا يبطل العقد كالخيار المشروط وذكر مثل مقالة

قلت فتحرر لنا من هذه النقول كلها أن البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح ويبرأ البائع من العيوب القديمة والحديثة قبل قبض المشتري منه المبيع على قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو الظاهر من قول أبي يوسف وتقدم نقل الخلاف فيه بخلاف شرط البراءة من كل عيب به فانه لا يدخل في الابراء العيب الحادث قبل القبض اجماعا لأنه لما قال « به » وقعت البراءة عن العيوب التي عند العقد لا غير فلا يبرأ من الحادث ، ولو قال بشرط البراءة من كل عيب به وما يحدث فالبيع فاسد . واعلم أن الابراء من المجهول صحيح عندنا كما تقدم نقله فسواء باع شيئا بشرط البراءة من كل عيب أو باع ولم يشترط ذلك في صلب العقد ثم قال بعد البيع أبرأتك من كل عيب فانه يبرأ من العيوب كلها كما لو قال بشرط البراءة من كل عيب على أن شمس الأئمة في المبسوط لم يذكر هذه الصيغة وإنما قال فيما نقلناه عنه واذا برئ البائع الى المشتري عند العقد من كل عيب فهو جائز وان لم يسم العيوب عندنا ، هذه عبارته . وهذه العبارة وقعت في كلام الاصحاب لأجل ذكر الخلاف في البيع بالشرط لان البراءة من العيوب كلها لا تكون الا بهذه الصيغة كما وقع في كلام أكثرهم « ومن اشترى عبدا أو باع عبدا » فلا فرق في هذا بين العبد وسائر الاشياء فانه لو باع ثوبا بشرط البراءة من كل عيب صح وكذا ما يكال أو يوزن ووضع المسألة في العبد ليس لتخصيصه بالحكم بل اتفاق وضع لا غير . ألا ترى الى قول القدوري اذا باع الرجل شيئا على أنه بريء وكذا عبارة الذخيرة ، فاذا رفعت هذه الواقعة الى الحاكم الحنفي المذهب وادعى فيها عنده وطلب المدعى منه الحكم بذلك فالأولى أن يقول حكمت بصحة البيع بهذا الشرط وعدم الرد بعده بعيب من العيوب مع العلم بالخلاف . وهو اصطلاح لا شرط فانه لو لم يقل مع العلم

بالخلاف يصح ، ويقال ان عند المالكية يشترط ذلك ، هذا اذا كان البيع وقع بشرط البراءة من كل عيب كما اذا قال بعتك هذا الثوب مثلا بألف درهم بشرط البراءة من كل عيب فقال المشترى اشتريت أو بدأ المشترى فقال اشتريت منك هذا الثوب بكذا بشرط البراءة من كل عيب وقال البائع بعت منك على هذا الحكم ويقول المشترى قبلت . أما لو قال بعت منك هذا الثوب بكذا وقال المشترى اشتريت من غير ذكر الشرط ثم قال بعده أبرأتك من كل عيب فان هذا مايحتاج أن يحكم الحاكم فيه بصحة البيع بل يحكم بصحة البراءة من العيوب وان كانت مجهولة وعدم الرد بعيب من العيوب مع العلم بالخلاف وما ذاك الا لأن البيع صحيح بالاجماع والابراء مختلف فيه والحكم يحتاج اليه فى المختلف لرفع الخلاف فأما المتفق عليه فلا يحتاج الى الحكم بصحته . ويقع فى بعض العهد ماصورته « ولم يضمن البائع سوى درك الحلال والجنون والجذام والبرص والحبل حسب لاغير » فهل يكون بمنزلة الشراء بشرط البراءة من كل عيب سوى كذا وكذا وأن البائع برىء من بقية العيوب التى ليست مستثناه أم لا ؟ فالذى يظهر أن الحاكم ينبغى له أن يطلب شهود العهدة ويسألهم كيف حصل هذا الضمان أعنى عند جحود البائع البراءة عما خلا المستثنى فلو صدق البائع على البراءة صح بلا نظر وانما يحتاج الى الشهود عند الجحود فاذا حضروا يسألهم القاضى عن ذلك فان قالوا أبرأ المشترى عن بقية العيوب بحضرتنا أو أقر بالابراء عندنا أو تراضيا على ذلك عندنا صح أيضا ولم يبق له الرد بما عدا المستثنى . وان قالوا لم يقع بحضرتنا ابراء ولا اقرار سوى صورة ما كتب فى العهدة وشهدنا عليهما فيها فهذه الصورة تحتاج الى نظر وتأمل من قوله ولم يضمن البائع سوى كذا وكذا مقتضاه الابراء عن البقية فبالنظر الى هذا لم يبق له ذلك وبالنظر الى أن الابراء انما يكون بأحد شيئين اما البيع بشرط البراءة من كل عيب أو بلفظ الابراء بعد العقد نحو قوله أبرأتك من كل عيب أو أبرأتك من عيب كذا اما بالتعميم أو بالتخصيص فأما بهذه الصيغة فلم يحصل الابراء بصريح اللفظ ولا شك ان العيوب جميعها مضمونة على البائع سواء نص على شىء منها

أو لم ينص بقوله ولم يضمن البائع سوى كذا فقد نفى عنه الضمان عن البعض وأثبت الضمان في البعض وليس له ذلك لأن فيه تغيير المشروع هو الحق ثابت للمشتري شرعاً في الرد بالعيب القديم فاذا استثنى البائع بعض العيوب أنه لم يضمنها لا يصح استثناؤه لأن الشرع جعل للمشتري حق الرد بالعيوب القديمة كلها ولم يوجد من المشتري ابراء لشيء فلا يبرأ ، ولا يقال ان تصديقه على ذلك ابراء منه للبائع عاصداً المستثنى ، لأنا نقول قد تقدم أن الابراء يكون بأحد شيئين اما الشراء بشرط البراءة أو الابراء بالصريح ، أما التصديق فلا لأنه تصادق على خلاف ما أوجبه الشرع لأن الشرع أوجب الضمان على البائع في الصور كلها فتصديق المشتري على أنه لم يضمن سوى كذا ليس بصحيح لأنه يضمن المستثنى وغيره شرعاً فلهذا قلنا انه لا يصح ولا يبرأ من بقية المستثنى كيف وان المشتري يقول أنا ما أبرأتك من بقية العيوب والبائع يقول صدقت وهو ابراء فالمشتري حينئذ يتمسك بالأصل وهو ايجاب الضمان على البائع والعيوب كلها والبائع يدعي عليه الابراء وهو ينكر والقول قول المنكر ، وتتبعت كتب الأصحاب كما عندي فلم أجد هذه الصورة أصلا وهذا الذي قلته هنا هو على سبيل البحث والراجح عندي أنه يكون في حكم الابراء لأن الشهادة على المشتري بالتصديق شهادة على اقراره أن البائع بريء بطريق شرعي فيؤاخذ به لأن الشاهد لما كتب هنا «ولم يضمن البائع سوى كذا وكذا» وان المشتري صدق على ذلك كان المشتري مقراً على براءة البائع عن بقية العيوب والشهادة على الاقرار لا تفتقر الى معاينة السبب فيكتفى بالشهادة على المشتري بالتصديق والله اعلم . وحكى القاضي عماد الدين اسماعيل بن العز أن أخاه سيدي أقضى القضاة شمس الدين بن العز كان يرى الذي رجحت في هذه المسألة ويحكم به ويجعله بمنزلة التصريح بالابراء كما قلنا والله أعلم

مسألة

بيع المزركش والمصوغ من الذهب والفضة والحلي اذا بيع بالدراهم أو الدنانير هل يجوز أم لا ؟ وتحرير الكلام في ذلك

ذكر في المبسوط قال : وعن محمد بن سيرين أنه يكره بيع السيف المحلى بالفضة بالنقد مخافة أن تكون الفضة التي أعطى أقل مما فيه ويكره أن يبيعه بالنسيئة ولا يرى بأسا أن يبيعه بالذهب وبه نأخذ لأن بيعه بالذهب جائز لقوله عليه السلام « اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد » ولا يجوز بيعه بالنسيئة سواء باعه بالذهب أو بالفضة لأن العقد في حصة الحلية صرف فاشتراط الأجل فيه يفسده ولا تنزع الحلية من السيف الا بضرر فساد العقد فيها يفسد في الكل دفعا للضرر، وأما بيعها بالفضة على أربعة أوجه ان كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد ، وكذلك ان كانت الحلية مثل النقد في الوزن لأن الجفن والحمائل فضل خال عن العوض فان في مقابلة الفضة بالفضة في البيع يكون بالأجزاء. وان كان يعلم ان الفضة في الحلية أقل جاز العقد على أن يجعل المثل بالمثل والباقي بإزاء الجفن والحمائل عندنا خلافا للشافعي وان كان لا يدرى أيهما أقل فالبيع فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل ، وعند زفر هذا جائز فان الأصل هو الجواز والمفسد الذي هو الفضل الخالي عن العوض مالم يعلم به يكون العقد محكوما بالجواز . قلت وفي الهداية نحوه وكذا في بقية الكتب

فتحرر لنا أن بيع المفضض الأولى أن يباع بالذهب وكذا المزركش بالفضة ولو بيع بالفضة أعني الدراهم المضروبة أو غيرها من الفضة فالواجب أن ينظر الى ما في المبيع من الفضة فان كانت قدر الدراهم فلا يجوز وان كانت أقل من الدراهم التي هي الثمن فيجوز وان كانت أكثر فلا يجوز وان كانت لا يمكن معرفة قدرها فلا يجوز أيضاً وفيه خلاف زفر . فصار في صورة واحدة يجوز وهي أن تكون الفضة التي في المبيع أقل من الثمن الذي هو الدراهم وفي بقية الصور لا يجوز . هذا اذا بيعت بالفضة فلو بيعت بالذهب لا يحتاج الى هذا بل يجوز بالأقل وبالأكثر لكن لا بد من قبض العوض كما في الأول أيضا لا بد من القبض في صورة الجواز . ولو بيع المصوغ من الذهب او المزركش منه أيضا بالدراهم فلا يحتاج الى معرفة قدره وهل هو أقل او أكثر بل يشترط التقابض في المجلس لا غير ولو باعه بالذهب يحتاج فيه الى ما قدمناه

من الوجوه الاربعة وفيه وجه واحد يجوز كما فى المصفى . والضابط فى هذا وأشكاله ان عند اتحاد جنس الثمن والمبيع يعتبر التساوي فى الوزن والتقابض فى المجلس وعند اختلاف الجنس لا يعتبر التساوي بل التقابض وحده والله اعلم

مسألة

اذا هلك المبيع قبل القبض هل ينتقض المبيع أم لا وهل يلزم البائع قيمته للمشتري ويلزم المشتري الثمن الاول للبائع أم لا ؟ وتحرير الكلام فى ذلك

ذكر الزورقي فى شرح المنظومة فى باب «مالك» قال اذا هلك المبيع قبل القبض لا ينتقض البيع عند مالك لانه فى ضمان البائع فيضمن قيمته كما فى الغصب فتقوم القيمة مقامه فيكون للمشتري وعليه الثمن للبائع ، وعندنا يبطل البيع ولا يضمن البائع شيئاً لانه لو ضمن يضمن لنفسه فى حق القبض لأن المبيع كان عنده ممسكا بالثمن فلا يستقيم ضمان الانسان لنفسه فاذا لم يضمن فقد فات المبيع بغير بدل فيبطل العقد فيه بالضرورة . وذكر فى البدائع قال : هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع . وجملة الكلام فيه : ان المبيع لا يخلو اما أن يكون أصلا واما أن يكون تبعا وهو الزوائد المتولدة من المبيع فان كان أصلا فلا يخلو اما أن هلك كله واما أن هلك بعضه ولا يخلو اما ان هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل البائع أو بفعل المشتري بفعل أجنبي : فان هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع ، وكذا اذا هلك أو بفعل المبيع بأن كان حيواناً فقتل نفسه وكذا اذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري خلافا للشافعي وان هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لانه بالاتلاف صار قابضا وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار للمشتري وان كان البيع بشرط الخيار للبائع او كان البيع فاسدا فعليه ضمان مثله ان كان مما له مثل وان كان مما لا مثل له فعليه قيمته ، وان هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه فيكون مضموناً عليه بالمثل أو بالقيمة والمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع فيتبع البائع الجاني فيضمنه مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن وان شاء اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان واتبع البائع المشتري بالثمن . ولو كان المشتري عبداً فقتله

أجنبي قبل القبض وان كان القتل خطأ لا ينفسخ البيع وللمشتري خيار الفسخ ، وان كان القتل عمداً اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال . قال أبو حنيفة ان المشتري بالخيار فان شاء فسخ البيع وللبائع أن يقتص من القاتل عبده وان شاء اختار البيع وله أن يقتص من القاتل بعبده وعليه جميع الثمن . وقال أبو يوسف المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع ويعود المبيع الى ملك البائع وليس للبائع ان يقتص ولكنه يأخذ من القاتل القيمة في ثلاث سنين وان شاء اختار البيع وللمشتري أن يقتص وعليه جميع الثمن ، وقال محمد لا قصاص على القاتل بحال والمشتري بالخيار ان شاء فسخ والبائع يأخذ القيمة من القاتل في ثلاث سنين وان شاء اختار البيع واتبع القاتل بالقيمة في ثلاث سنين . هذا اذا هلك المبيع كله قبل القبض فأما اذا هلك بعد القبض فنقول فان هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لا ينفسخ البيع والهلاك على المشتري وعليه الثمن ، وكذا اذا هلك بفعل أجنبي ويرجع المشتري على الاجنبي بضمانه ويطيب له الفضل ، وان هلك بفعل البائع ينظر ان كان المشتري قبضه باذن البائع أو بغير اذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فاستهلاكه واستهلاك الاجنبي سواء . وان كان قبضه بغير اذن البائع صار مسترداً للمبيع بالاستهلاك فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلكه وهو في يده . هذا اذا هلك كل المبيع قبل القبض أو بعده فأما اذا هلك بعضه فان كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلا أو موزوناً أو معدوداً ينفسخ العقد بقدر الهالك ويسقط حصته من الثمن والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لأن الصفقة تفرقت عليه . وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الارض وأطراف الحيوان والجودة في المكيل والموزون لا ينفسخ البيع أصلا ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض أو الجناية والمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن وان كان بفعل نفسه لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من

الثمن لان جنايته على نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بآفة سماوية ولكن المشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك. ولو كان المشترى حيوانين سوى بنى آدم فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن والمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته من الثمن وان شاء ترك لأن فعل العجماء جبار فصار كأنه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض حتف أنفه . ولو كان المشترى عبدين فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض أو كان جارية فولدت قبل القبض وكبر الولد ثم قتل أحدهما صاحبه قبل القبض فللمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع فى الباقى وبطلت الجناية وان شاء أخذ القاتل منهما بجميع الثمن ولا يسقط عن المشترى شىء من الثمن لأنه لو أخذ القاتل منهما بحصته من الثمن لاصبح البيع فى المقتول وانفساخ البيع ارتفاعه من الاصل وعوده الى ملك البائع فيصير أن عبد المشترى قتل عبد البائع فيخاطب بالدفع أو بالفداء وأيهما فعل قام مقام المقتول فيحيا المقتول معنى فيأخذه ببقية الثمن فصار فى أخذ الباقى منهما بحصته من الثمن فى الحال أخذ بجميع الثمن فى المآل فخير فى الابتداء بين الاخذ بجميع الثمن والفسخ . هذا وان هلك بفعل البائع بطل البيع بقدره ويسقط عن المشترى حصة الهالك من الثمن والمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه . وان هلك بفعل المشترى لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شىء من الثمن . ولو جنى عليه البائع ثم جنى عليه المشترى سقطت عن المشترى حصة جناية البائع ولزمه ثمن ما بقى فلو برئ العبد لا خيار للمشترى . فلو ابتدأ المشترى بالجناية ثم جنى البائع قبل قبض الثمن فان برئ العبد من الجنايتين فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه وسقطت عنه حصة جناية البائع من الثمن وان شاء ترك . ولو اختلف البائع والمشترى فى هلاك المبيع فقال البائع هلك بعد القبض وقال المشترى قبل القبض فالقول قول المشترى مع يمينه . ولو أقاما البينة يقضى ببينة البائع وكذا دعوى الاستهلاك .

قلت فتحرر لنا من هذا كله أن المبيع اذا هلك كله قبل القبض بآفة سماوية بغير صنع من البائع ولا من المشترى ولا من المبيع ولا من الاجنبى فانه يهلك على البائع وينفسخ البيع ولا يجب على المشترى شىء من القيمة . وكذلك الحكم فيما اذا

هلك بفعل البائع حيث يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري ، وان هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع وعليه الثمن ، وان هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه في المثل بالمثل وفي القيمة بالقيمة والمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أتبع الجاني الاجنبي بالضمان واتبعه البائع بالثمن ، هذا اذا هلك كل المبيع فأما اذا هلك بعضه قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر بأن كان مثلا كل المبيع عشرة أقفزة حنطة بمائة درهم فهلك منها قفيزان أو من الموزون بأن كان مثلا مائة رطل من الزيت فهلك منه عشرون رطلا أو من المعدود كالبيض والجوز مثلا بأن كان مائة بيضة أو جوزة فهلك منها عشرون فانه ينفسخ العقد في كل نوع من هذه الانواع بقدر الهالك و يسقط حصته من الثمن ولكن يخير المشتري في الباقي ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك وهذا ظاهر ، وان كان النقصان نقصان وصف وقد فسره في البدائع بما يدخل تحت البيع على وجه التبع كالشجر والبناء وقد حررنا ما قاله صاحب البدائع فيما نقلناه عنه الى آخره فلا نعيده لأنه يبقى كالمكرر والله أعلم

مسألة

اذا قبض البائع الثمن أو المؤجر الأجرة أو رب الدين دينه من المديون ولم ينقد الثمن ولا الأجرة ولا الدين ثم جاء بعد ذلك واحد من المذكورين وذكر أن فيها قصه رديئا وهو الذي تقوله العامة نحاس ورفعه الى الحاكم وطلب منه الحكم له ببقية حقه من الثمن ورد ذلك على خصمه والخصم ينكر و يقول دراهمي جياد وما أعلم هذا منها فهل يكون القول قول القابض او الدافع ؟ وتحرير الكلام في ذلك

ذكر في القنية (ص) تكارى دابة الى بغداد بعشرة ودفعها اليه فلما بلغ بغداد رد بعضها وقال هي زيوف أوستوقة فالقول لرب الدابة لأنه ينكر استيفاء حقه وان أقر بقبض الدراهم يقبل قوله في الزيوف لأنه من جنس حقه فلا يكون مناقضا ولا يقبل في الستوقة للتناقض ، وان أقر باستيفاء الأجرة او باستيفاء حقه او الجياد فالقول له ، هذه عبارة القنية . وذكر في المبسوط قال : اذا كان اجر الدار عشرة

دراهم أو قفيز حنطة موصوفة وأشهد المؤجر أنه قبض من المستأجر عشرة دراهم أو قفيز حنطة ثم ادعى أن الدراهم نبهرجة والطعام معيب فالقول قوله لأنه منكر استيفاء حقه فان ما في الذمة يعرف بصفته ويختلف باختلاف الصفة فلا مناقضة في كلامه واسم الدراهم يتناول النبهرجة واسم الحنطة يتناول المعيب. وان كان حين اشهد قال قبضت من أجر الدار عشرة دنانير جياد او قفيز حنطة جيدة لم يصدق بعد ذلك على ادعاء العيب والزيف ، وكذلك لو قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدته زيوفا لم يصدق ببينة ولا غيرها لانه قد سبق منه الاقرار بقبض الجياد وكان أجر الدار من الجياد فيكون هو مناقضا في قوله وجدته زيوفا والمناقض لا يقبل قوله ولا تقبل بينته . ولو كان ثوبا بعينه فقبضه ثم جاء يرده بعيب فقال المستأجر ليس هذا ثوبي فالقول قول المستأجر لانهما تصادقا على أنه قبض المعقود عليه وأنه كان شيئا بعينه ثم ادعى الآخر لنفسه حق الرد والمستأجر منكر لذلك فالقول قوله فان اقام رب الدار البينة على العيب رده سواء كان العيب يسيرا أو فاحشا على قياس البيع. قلت فتحرر لنا من كلام شمس الأئمة السرخسي أن المؤجر متى قال استوفيت أجر الدار ثم قال وجدت فيه زيوفا لم يقبل قوله ولا بينته ، ولو قال قبضت من المستأجر كذا من الدراهم ولم يقل الأجرة ثم جاء وقال هذه الدراهم نبهرجة فالقول قوله فصار جواب المسألة أن القابض متى أقر بقبض الحق ثم ادعى أنه زيوف لم يصدق لانه ناقض كلامه لأن اقراره بقبض الحق اقرار بقبض الجياد فاذا قال بعد ذلك هو زيوف أو بعضه فقد ناقض كلامه والمناقض لا يقبل قوله ولا بينته بخلاف ما اذا قال قبضت عشرة مثلا ولم يقل من أجرة داري ثم ادعى أنه زيوف فانه يقبل قوله لأنه في القول الثاني منكر استيفاء الحق وما سبق منه ما يناقض هذا القول فيكون القول قوله . هذا خلاصة ما قاله في المبسوط واما ما ذكر في القنية ورمز له : (ص) وهي علامة كتاب الاصل فهو موافق لما قررنا ، لانه قال وجدتها زيوفا ولم يقل واقر باستيفاء الاجرة وفي هذه الصورة ليس القابض بمناقض في قوله فيقبل ، وبقية ما ذكره في القنية هو من المبسوط فانه رمز : (س) وهي علامة للمبسوط ، ومعنى ما ذكره انه اذا أقر

بقبض الدراهم فان قال مثلا قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق ولو قال هي ستوقة لا يصدق وذلك لانه في الزيوف ما ناقض كلامه لان الزيوف من جنس حقه ، وفي الستوقة ناقض كلامه لأنه أقر أولا بالدراهم وثانياً ادعى أنها ستوقة والستوقة ليس من الجنس فكان مناقضاً على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى من تفسير الزيوف والستوق والنبهرجة . وقوله (وان أقر باستيفاء الأجرة الى آخره) هذا مشكل مخالف لما قاله في المبسوط مما قلناه وسنبينه فانه قال وان أقر باستيفاء الأجرة بتمديره والمسألة بحالها حتى يتم الكلام . واذا كان كذلك فيبقى تقدير الكلام : تكارى دابة الى بغداد بعشرة دراهم وأقر للآجر بقبض الأجرة ثم ادعى أنها زيوف أو ستوقة يقبل قوله في ذلك وهذا خلاف ما ذكره شمس الأئمة في المبسوط فانه قال اذا اقر باستيفاء الأجرة ثم قال هي زيوف لم يقبل قوله والحرف قد بيناه وهو الموافق للفقه فانه يناقض كلامه بعد ذلك والمناقض لا قول له فكيف يكون في القنية القول له فهذا والله اعلم سهو فانه ينقل كلام المبسوط وما يقوله محررا الى آخره فالذي يجب أن يعمل به هو ما ذكره في المبسوط أعني في هذه الصورة الخاصة وأما بقية الصور فكلها موافقة لما ذكره في المبسوط

واذا تقرر لك هذا في الاجارة والأجرة عدينا الى استيفاء الأثمان في البياعات والديون في المعاملات فالمقالة تجمع الكل فنقول : اذا دفع اليه دراهم وهي ثمن متاع ثم جاء البائع وأراد أن يرد عليه شيئاً يزعم أنه مردود في المعاملات بين الناس وأنكر المشتري أن ذلك من دراهمه التي دفعها فلا يخلو اما أن يكون البائع أقر بقبض الثمن أولا فان أقر بقبض الثمن لم يقبل قوله في ذلك ولا يلزم المشتري أن يدفع عوض ذلك الرد ، ولو اختار البائع يمين المشتري أنه ما يعلم أن هذا الرد من دراهمه التي أعطاها له فينبغي أن يجاب الى ذلك ويحلفه القاضي على العلم فان حلف انقطعت الخصومة ولم يبق له مع المشتري منازعة وان نكل ينبغي أن يردها عليه لأنه أقر بما ادعاه بطريق النكول ، وان كان البائع لم يقر بقبض الثمن ولا بالحق الذي على المشتري من جهة هذا البيع وانما أقر بقبض دراهم مثلا ولم يقل هي الثمن

ولا الحق قال في هذه الصورة يكون القول قول البائع لأنه منكر استيفاء حقه ولم يتقدم منه ماينافض هذه الدعوى فيقبل منه مع يمينه ، هذا اذا أنكر المشتري أنها من دراهمه أيضاً . وكذلك الديون أيضاً ينبغي أن يكون الجواب فيها كالجواب في الأجرة والثمن في باب البيع. وهذا كله اذا كان الذي يرده زيوفاً أو بنهرجة فان ستوقة فلا يقبل قوله ولا يرده لأنه ناقض كلامه ، أما في صورة اقراره بقبض الدراهم فظاهر لان الستوقة ليس من جنس الدراهم وقد أقر بقبض الدراهم أولا ثم قال هي ستوقة فكان مناقضاً ، وكذلك في اقراره بقبض الاجرة أو الحق بل بالطريق الأولى وعبارة المبسوط خالية عن ذكر الستوقة وليس فيها مايمنع ماقاله في القنية بل يوافقه من حيث المعنى

واما تفسير الدراهم النبهرجة والزيوف والستوقة فذكر في الصحاح قال . النبهرجة الباطل والردي من الشيء وهو معروف ، وقال في المغرب النبهرج الدرهم الذي فضته رديئة وقيل الذي الغلبة فيه للفضة وعن ابن الاعرابي المبطل السكة وقد استعير لكل رديء باطل ومنه بهرج دمه اذا أهدر وابطل ، وعن الصياني درهم مبهرج أي نبهرج ولم احده بالنون الا له وهذه عبارة المغرب . والزيوف المردودة يقال زافت عليه دراهمه اي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت ودرهم زَيْف ودراهم زيوف وزُيَّف وقيل هي دون النبهرج في الرداءة لان الزيف مايرده بيت المال والنبهرج مايرده التجار . والسَّتوقة بالفتح أردأ من النبهرج وعن الكرخي الستوقة عندهم ما كان الصفر أى النحاس هو الغالب الاكثر ، وفي الرسالة اليوسفية النبهرج اذا غلبها النحاس لم يؤخذ وأما الستوقة فحرام أخذها لأنها فلوس هذه عبارة المغرب . وقيل هو تعريب سه توا . وحاصل ماقالوه في تفسير الزيوف والنبهرجة والستوقة ان الزيوف أجود من الكل ؛ وبعد الزيوف النبهرجة وبعدها السُّتوقة فتكون الزيوف بمنزلة الدراهم التي يقبلها بعض الصيارفة دون بعض والنبهرجة مايردها الصيارفة وهي التي تسمي مميزة ولكن

الفضة فيها أكثر والستوقة بمنزلة الدراهم الزغل وهى التى نحاسها أكثر من فضتها . واذا عرفنا هذا فالزيوف والنبهرجة يكون القول قول القابض فيها اذا لم يقر باستيفاء الحق أو الاجرة أو الجياد بل يكون أقر بقبض كذا من الدراهم ثم يدعى أن بعضها زيوف أو نبهرجة كما قدمناه فيقبل قوله ويردها واما اذا قال انها ستوقة بعد ما أقر بقبض الدراهم لا يقبل قوله ولا يردها

مسألة

قبول الكفالة فى مجلس العقد شرط حتى ان المكفول له اذا لم يقبل الكفالة فى المجلس لا يصح سواء كانت الكفالة بالمال أو بالنفس وتحرير الكلام فى ذلك

ذكر فى البدائع قال : وأما الذى يرجع الى المكفول له فأنواع منها أن يكون القبول فى مجلس العقد وهو شرط الانعقاد عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما اذا لم يقبل عنه حاضر فى المجلس حتى ان من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لا يجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر فى المجلس ؛ وعن أبى يوسف روايتان وظاهر اطلاق محمد فى الاصل أنها جائزة على قوله الآخر يدل على أن المجلس عنده ليس بشرط أصلا لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد . ومسألة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصاء بالقضاء عنه حتى لو مات ولم يترك شيئاً لا يلزم الورثة شىء فعلى هذا لا يلزمهم ؛ وبعضهم أجازه على سبيل الكفالة ومنها وهو تفريع على مذهبهما أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبى الذى لا يعقل لأنهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله . وذكر فى الهداية قال : ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فى المجلس وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ؛ وقال أبو يوسف يجوز اذا بلغه فأجاز ولم يشترط فى بعض النسخ الاجازة . والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا هو وجه هذه الرواية

ووجه التوقف ما ذكرناه في الفصول في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسألة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل به مع غيبة الغرماء لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال أو يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع للطالب فصار كما اذا حضر بنفسه . وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة وهو ظاهر في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح . ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه . وذكر في الكافي شرح الوافي قال ولا تصح الكفالة بالنفس أو بالمال الا بقبول الطالب في مجلس العقد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف واختلفوا على قوله فقيل عنده يجوز بوصف التوقف حتى لو رضي به الطالب ينفذ ولا يبطل وقيل جائز عنده بوصف النفاذ ورضا الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح لأنه تصرف التزام من الكفيل ولا التزام فيه على الغير فيتم بالملتزم وحده كالاقرار ولهذا تصح مع الجهالة ومن حمل الخلاف في التوقف جعله فرعا للفضولي في النكاح اذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عنده على اجازتها فيما وراء المجلس كأنه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما بكمه تصرف للغير فيتوقف على رضاه وعندهما لا يتوقف لان شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس وهذا لأنه عقد تمليك على أن المطالبة لم تكن مملوكة وملكها بعقد الكفالة والتمليك يقوم بالشطرين فكان كلام الواحد شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس الا في مسألة واحدة هي قول المريض لورثته أو لبعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمائي فضمنوا به مع غيبة الغرماء فانه جائز استحسانا . وذكر في شرح مختصر الطحاوي للاسبيجابي قال : ولا تجوز الحوالة والكفالة الا بقبول المحتال والمكفول له في قول أبي حنيفة ومحمد . وبيانه أن الذي عليه الدين اذا قال لرجل ان لفلان بن فلان علي دينا فاكفل به عني

أو يكفل به عني فضولي ذلك الآخر ثم بلغ الطالب ذلك فأجازها فإن ذلك لا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف يجوز . وكذلك لو أن فضوليا قال اشهدوا أني قد ضمنت ما لفلان على فلان من الدين وهما غائبان فبلغهما فأجازا فهو على هذا الاختلاف . وإن قبل عن الغائب أحد يتوقف في قولهم جميعاً ولو أن مريضاً لم يأمر ورثته بالضمان ولكنه أمر أجنبياً فضمن الأجنبي ثم حضر الطالب فأجازه على قول أبي يوسف لا يشكل أنه يجوز وعلى قولهما على العلة الأولى يجوز وعلى الثانية لا يجوز وليس عنهما رواية أيضاً في هذه المسألة . وذكر في الخلاصة في الفتاوى قال : وفي الأصل إذا كفل رجل لرجل والمكفول له غائب فهو باطل . وقال أبو يوسف آخرا هو جائز . وأجمعوا أنه لو قال بطريق الإخبار جاز فإن قال الطالب إنه أخرج الكلام مخرج الإخبار فصح وقال الكفيل لا بل إنشاء فالقول قول الطالب ، هذا إذا لم يقبل عن الغائب في المجلس أحد . وذكر في الفتاوى الظهيرية قال : الكفالة بالنفس للغائب لا تصح عند أبي حنيفة ومحمد إلا أن يقبل عن المكفول له فضولي فإذا قبل عنه فضولي يتوقف على إجازته وعند أبي يوسف يجوز وإن لم يقبل عنه فضولي ، وإذا جازت الكفالة على قول أبي يوسف هل تلزم قبل إجازة المكفول له فيه روايتان . وذكر في الذخيرة قال . وأما ركن الكفالة فالإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف أولا حتى إن عندهما لا يتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال أو بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له أو قبول الأجنبي عنه في مجلس العقد أو خطاب المكفول له أو خطاب أجنبي عنه بأن قال الطالب لآخر أكفل بنفس فلان لي فقال كفلت أو قال رجل أجنبي لغيره أكفل بنفس فلان أو بمال عن فلان لفلان فيقول ذلك الغير كفلت فتصح الكفالة ويتوقف على ما وراء المجلس على إجازة المكفول له وللكفيل أن يخرج نفسه عن الكفالة قبل أن يجيز الغائب كفالته وأما إذا لم يوجد شيء من ذلك بل قال الكفيل كفلت بنفس فلان لفلان أو بما على فلان من الدين فإنه لا يتوقف على ما وراء المجلس حتى لو بلغ الغائب فقبل لا يصح

ثم رجع أبو يوسف فقال الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول أو الخطاب أو لم يوجد. اذا قال الكفيل لقوم اشهدوا انى كفلت لفلان بنفس فلان والطالب غائب فان اتفقا على ان هذا انشاء كفالة لا يصح عندهما وان اتفقا على ان هذا اقرار بكفالة وجد فيها الخطاب والقبول كان معتبرا وان اختلفا فالقول قول الطالب الذى يدعى ان هذا اقرار عن كفالة وجد فيها الخطاب والقبول حتى يؤاخذ الكفيل به. وذكر فى المبسوط قال: ولو كفل بنفس رجل لرجل والطالب غير حاضر فهو باطل فى قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال هو جائز وكذلك الكفالة بالمال اذا لم يكن الطالب حاضرا وفى موضع آخر من هذا الكتاب يقول هو موقوف عند أبى يوسف فى قوله الآخر حتى اذا بلغ الطالب فقبله جاز. وذكر الطحاوى قول محمد مع قول أبى يوسف وهو غلط. ولو خاطب فضولى عن الطالب على قولهما يتوقف على اجازة الطالب وعلى قول أبى يوسف هو جائز قبله الفضولى أو لم يقبل الا فى مسألة واحدة وهى مسألة المريض وذكر فى المحيط: وأما ركن الكفالة عند أبى حنيفة ومحمد هو قول الكفيل كفلت بمالك على فلان وقول المكفول له قبلت فركن الكفالة هو الايجاب والقبول جميعاً، وعند أبى يوسف الركن هو الايجاب وهو قوله كفلت والقبول ليس بشرط. قلت فتحرر لنا من هذا ان الكفالة بالنفس أو بالمال لا تصح الا بقبول المكفول له فى المجلس أو يقبل عنه فضولى ثم يجيز ذلك اذا بلغه فتصح، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف فى قوله الآخر لا يحتاج الى قبول لا من المكفول له ولا من الفضولى والفتوى على قولهما. ومسألة المريض ففيها اختلاف المشايخ على قولهما فمنهم من قال انما تصح اذا كان للميت مال أما اذا لم يكن له مال فلا يصح فى موضعين. الموضع الاول ان الكفالة لا تصح من الورثة اذا لم يكن للمورث مال، والموضع الثانى ان الكفيل لو كان غير وارث والمسألة بحالها هل يصح أم لا كل ذلك على قولهما وما وقفت على الصحيح فى الاختلافين المذكورين [1]

(١) الصحيح قول أبى حنيفة من أنه لا تصح كما فى التاتارخانية

ويقع في بعض الاوقات شهادة بصحة مدين كفالة على اصطلاح الشهود ولم يذكروا فيها قبول عقد كفالة وتارة يكتب رسم الشهادة في هذه الصورة على المقر بالدين الحاضر وهو الكفيل والمقر له ويكون هذا في رسم شهادة الشهود ولم يذكروا قبول عقد الكفالة في أصل الصك وتارة يكتب الشهادة على المقر والحاضر لا غير ويرفع صاحب الحق الكفيل الى القاضي ويدعي عليه بالكفالة فيجيب بأنه كفل ولكنه لم يكن رب الدين حاضراً بمجلس الكفالة ولم يقبلها وان هذه الكفالة باطلة ويجيب رب الدين بأنه قبل عقد الكفالة ولا بينة لها وهذا موضع فيه نظر وتأمل فانه لو قيل ان يكون القول قول الكفيل لكان له وجه وما ذاك الا أنه يدعي عليه لزوم الكفالة وهو منكر والقول قول المنكر ، ووجهه ان المكفول له اذا قال قبلت في المجلس وهو يقول لم تقبل فلو صدقه الكفيل على ذلك للزمه الحق بلا نظر فلما كذبه صار منكراً لما يدعيه من لزوم الكفالة عليه فالقول قول المنكر ولو قيل بانه ينبغي أن يكون القول قول المكفول له لكان له وجه أيضاً وهو انه لما أقر الكفيل بأنه كفل فقد أقر بشيء لا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه فلا يقبل ويكون القول قول رب الدين . وهذا الفرع أشبه أن يقاس على مسألة البيع من قياسه على مسألة الطلاق على مال ، فان في مسألة البيع اذا قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول للمشتري . ولو قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ، وفرقوا بين الطلاق وبين البيع بأن في مسألة الطلاق بالمال الواقع يمين من جانبه والاقرار به لا يكون اقراراً بالشرط لصحته بدونه وأما مسألة البيع فان البيع لا يتم بدون القبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه وهو لا يملكه فلهذا كان القول قول المشتري فمسألتنا هذه تشبه البيع لان الايجاب والقبول ركن فيه وكذا في الكفالة على قول فاقراره بالكفالة اقرار بما لا يتم الا بالقبول فكأنه أقر بالكفالة وبالقبول ثم قال لم تقبل الكفالة فذلك رجوع منه عما أقر به وهو لا يملكه فصار كالبيع وفي البيع القول قول

المشترى فكذا ينبغى ان يكون القول قول رب الدين لأنه فى منزلة المشترى فان الايجاب من جانب الكفيل والقبول من جانب المكفول له كما أن الايجاب فى باب البيع من جانب البائع والقبول من جانب المشتري فالكفيل كالبائع والمكفول له كالمشترى وقد ثبت لنا فى مسألة البيع أن يكون القول قول المشتري عند انكاره قبول الشراء فكذا ينبغى أن يكون القول قول رب الدين المكفول له عند انكار الكفيل القبول منه ولا يشبه مسألتنا مسألة الطلاق لأ نه يمين كما تقدم والفرق بينهما ظاهر . فان قيل يشكل على هذا ما ذكره فى الذخيرة من قوله اذا قال الكفيل اشهدوا انى كفيل لفلان بنفس فلان والطالب غائب فان اتفقا على أن هذا انشاء كفالة لا يصح عندهما وهذا الذى ذكرت هو تصادق على انشاء كفالة لم يحضرها الطالب فينبغى ألا يصح ولا يكون القول قول الطالب قيل هذا ليس بتصادق على انشاء كفالة لم يحضرها الطالب بل هو تصادق على انشاء كفالة وقعت فى الزمن الماضى وفيه قبول الطالب وذلك لأن الطالب يقول قبلت فى المجلس والكفيل يقول كفلت ولم تقبل فالكفيل يصدق الطالب فى القبول لانه أقر بالكفالة وهي مما لا يتم الا بالقبول فكان اقراره بها اقرارا بالقبول والطالب يصرح بالقبول أيضاً فقد تصادقا على الغيبة وعدم القبول فى المجلس فلهذا لم يصح والله أعلم بالصواب

وأما قول صاحب البدائع فى الذى يرجع الى المكفول له من أن يكون عاقلا فلا يصح قبول المجنون ولا الصبي الذى لا يعقل لانهما ليسا من أهل القبول ولا يجوز قبول وليهما عنهما لأن القبول معتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من أهل القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قوله هذا آخر كلامه وهذا مشكل مخالف لبقية الكتب والقواعد وقد صرح غيره بخلاف ما قاله فانه ذكر فى الذخيرة - ولو كفل الصبي ان كان الصبي تاجرا جازت الكفالة وان كان الصبي محجوراً عليه فان خاطب وليه وقبل صحت الكفالة وان خاطبه أجنبي وقبل عنه يتوقف على اجازة وليه وان لم يخاطب وليه ولا أجنبي انما خاطب

الصبي فالمسألة على الخلاف على قول أبي حنيفة ومحمد لا تصح الكفالة وعلى قول أبي يوسف تصح . وفي المبسوط : ولا تجوز الكفالة لصبي لا يعقل ولا مجنون ولا لمولى عليه وفي رواية أبي سليمان ان الكفالة لهؤلاء جائزة في قول أبي يوسف. وأصل هذا في الكفالة للغائب وقد بينا ان الكفيل عند أبي يوسف ينفرد بالكفالة فيجوز العقد وان لم يقبله أحد ولا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ما لم يقبله قابل وقبول الذي لا يعقل والمجنون باطل . وذكر في المحيط : الكفالة للصبي لا تجوز الا أن يخاطب وليه عنه عندهما وقال أبو يوسف يجوز لان عنده قبول المكفول له ليس بشرط لصحة الكفالة وعندهما شرط وقبول الصبي لا يصح فان كان أبو الصبي أو وصيه يخاطبه في الكفالة فذلك جائز في قولهم جميعاً لأنه قبول صحيح قائم مقام قبول الصبي هذه عبارته . والذي يظهر لي ان صاحب البدائع حصل له سهو في هذه المسألة فالذي يظهر أن يعمل بما قاله غيره فيما هو موافق القواعد كما نقلناه ولا يلتفت الى ما ذكره في البدائع أعني من قوله (ولا يجوز قبول وليه عنه) وأي فرق بين الكفالة والبيع وسائر التصرفات والعقود الشرعية التي أقيم الولي فيها مقام الصبي أو كان بالغاً نحو الرهن والكفالة وقبول الحوالة اذا كان المحال عليه أملأ الى غير ذلك وقد ذكرنا هذا أيضاً في كتابنا (الاختلافات الواقعة في المصنفات) والله سبحانه أعلم

مسألة : الكفالة المعلقة بالشرط وتحرير الكلام فيها

ذكر في المبسوط في مسألة جهالة الأجل في الكفالة بعد ما بحث ثم قال بخلاف ما لو قال الى قدوم فلان غير المكفول به لأن ذلك غير مفيد لتسليم ما التزمه فيكون تعليقاً للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار وكلام زيد وهذا لانه لا يحتمل التعليق كما يجوز ان يحلف به كالطلاق والعتاق ومعنى قولنا باطل أي الشرط باطل فأما الكفالة فصحيحة لان الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح ونحوه وعلى هذا لو كفل به الى ان تمطر السماء ان الكفالة

جائزة والأجل باطل لأنه غير متعارف فيبقى شرطا فاسدا فلا تبطل به الكفالة هذه صورته. وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي قال: والاصل في الكفالة ان يجوز تعليقها بشرط متعارف لأن الكفالة تشبه النذر من حيث انه التزام وتشبه المعاوضة من حيث ان الكفيل يتملك ما في ذمة الاصيل عوضاً عما يؤدي اذا كفل بأمر الأصيل فمن حيث انها تشبه النذر صح تعليقها بشرط متعارف ومن حيث انها تشبه المعاوضة لم يصح تعليقها بشرط غير متعارف بخلاف الوكالة لأنه ليس فيه معنى المعاوضة فيصح تعليقها بمطلق الشرط. وذكر في فتاوى قاضيخان قال الكفالة على وجهين منجزة ومعلقة فالمنجزة جائزة والمعلقة كذلك ان كانت معلقة بشرط متعارف. ثم قال ولو علق الكفالة بما هو شرط محض نحو ان يقول اذا هبت الريح أو اذا جاء المطر أو اذا قدم فلان الاجنبي فأنا كفيل بنفس فلان لا يصير كفيلا وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشروط. فان علق الكفالة بما هو سبب الحق او هو سبب لامكان التسليم نحو ان يقول اذا قدم فلان المطلوب فأنا كفيل بنفسه فقدم فلان صار كفيلا بنفسه لأنه متعارف. وذكر في الكافي شرح الوافي: وصح تعليق الكفالة بالشروط كما لو قال ما بايعت فلاناً فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي بخلاف ما لو قال ان غصبك أحد شيئاً. ثم قال فان كان الشرط ملائماً بأن كان شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء كقوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء كقوله اذا غاب عن البلد صح. وان لم يكن ملائماً كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر أو ان دخل زيد الدار لا يصح. وكذا اذا كفل به الى مجيء المطر أو هبوب الريح بطل الاجل وصحت الكفالة لانهما ليسا من الآجال المعروفة بين التجار. والكفالة مما يصح تعليقها بالشروط فلا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق. وذكر في الايضاح قال وان علق الكفالة بشرط فان كان ذلك سبباً للحق مثل أن يقول ان قدم فلان المطلوب فأنا كفيل به فالكفالة جائزة وكذلك اذا قال اذا استحق المبيع فأنا به كفيل لان للقدوم أثرا في توجه المطالبة عليه وكذلك

استحقاق المبيع سبب لوجوب الضمان فكان هذا اضافة الى حين وجود السبب فجاز وأما اذا قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو دخل زيد الدار فانه لا يجوز لأنه شرط محض والكفالة فيها معنى التمليك وهو ينافى التعليق بالشروط المحضة وذكر فى الهداية قال : ثم الاصل أن يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وماذكر من الشرط فى معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أوجاء المطر وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق . وذكر فى شرح مجمع البحرين قال : ويجوز تعليقه بشرط ملائم كشرط وجوب الحق أو امكان الاستيفاء أو تعذره كما بعت فلان فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى أو اذا قدم المكفول عنه أو غاب عن البلد لا بمجرد الشرط كهبوب الريح ومجيء المطر ، ولو جعله أجلا وجب المال حالا لأن الكفالة يجوز تعليقها بالشرط مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى والاصل فيه قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك . ثم ان كان الشرط ملائما كما اذا شرط شرطا يجب عنده الحق كقوله ما بايعت فلانا فعلى فان البيع شرط ثبوت الحق فى الذمة فجاز التعليق به لملاءمة الشرط وكذا اذا قال اذا استحق المبيع. أو ذكر شرطا لامكان الاستيفاء كقوله اذا قدم زيد وهو المكفول عنه ، أو ذكر شرطا لتعذر الاستيفاء كقوله ان غاب عن البلد فعلى فكل ذلك ملائم للكفالة بخلاف ما اذا علقه بمجرد الشرط كهبوب الريح ومجيء المطر فانه تعليق لوجوب المال بالخطر فلا يصح وتقدم الكلام فيه فلو جعل ذلك أجلا صحت الكفالة وبطل التأجيل ولزم المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لم تبطل بالشرط الفاسد كالطلاق والعتاق . وقوله ملائم الخ من الزوائد . وذكر السغناقى فى

شرح الهداية قال (قوله الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسد) اعلم ان فى هذا اللفظ تسامحا لانه لو أراد بقوله (لما صح تعليقها بالشرط لاتبطل بالشروط الفاسدة) ابتداء تعليق الكفالة مثل ان يقول اذا هبت الريح فأنا كفيل فانه غير صحيح فان هناك لا يصير كفيلا أصلا ذكره فى أوائل كتاب الكفالة من فتاوى قاضيخان حيث قال ولو علق الكفالة بما هو شرط محض نحو ان يقول اذا هبت الريح أو اذا جاء المطر أو اذا قدم فلان لاجنبى فأنا كفيل بنفس فلان لا يصير كفيلا وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشرائط وقال فى الكتاب الا انه تصح الكفالة ، وان أريد بهذا اللفظ تأجيل الكفالة الى هذه الشروط الفاسدة فهو صحيح قال السغناقى بعده هذا فعلم بهذا ان حكم تأجيل الكفالة الى هذه الشروط مخالف لحكم تعليق الكفالة بهذه الشروط الفاسدة فعند هذا نقول فالوجه الصحيح بما ذكر فى الكتاب انه ذكر التعليق وأراد به التأجيل وقد فى هذا الاستعمال لفظ المبسوط فانه ذكر هناك هكذا حيث ذكر التعليق وأراد به التأجيل . هذه عبارة السغناقى ومثله فى شرح الهداية للكاكي الا انه زاد وقال : الشرط المجهول فى الطلاق والعتاق يبطل ويصح الطلاق والعتاق كأن قال طلقت أو أعتقت على دن من خمر أو الى قدوم الحاج أو الحصاد أو القطاف . وذكر الشيخ جلال الدين الخبازى فى حاشيته على الهداية قال : قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا يعنى مجىء المطر وهبوب الريح لا يجوز تعليق الكفالة ولا تأجيلها اليه ولو علق الكفالة بها مع ذلك صحت الكفالة ولزم المال حالا لأن ما جاز تعليقه بالشروط لا يبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ولأنه فى الحال تمليك المطالبة بلا عوض ولو كان تمليك مال من غير عوض كالهبة فالشرط لا يفسده فهنا أولى

قلت فتحرر لنا من هذا الكلام كله - أن الكفالة يجوز تعليقها بشرط ملائم للعقد كقدوم المكفول عنه أو غيبته عن البلد أو استحقاق المبيع ، واذا وجد واحد من هذه الشروط صار كفيلا عند وجود الشرط لا قبله . وفى كلام

قاضيخان ما يشير الى هذا فانه قال فقدم فلان صار كفيلا فمقتضاه أن بالقدوم صار كفيلا لا قبل القدوم فهذا شأن المعلق فانه معدوم قبل وجود الشرط فاذا وجد الشرط صار كالمرسل عنده على ما عرف في الطلاق . هذا ما يتعلق بالكفالة المعلقة بالشرط الملائم للعقد . بقي لنا الكفالة المعلقة بالشرط الذى ليس بملائم كالتعليق بهبوب الريح ومجيء المطر ونحوهما كما اذا قال اذا هبت الريح فانا كفيل بما على فلان أو بما لك عليه من الدين واذا جاء المطر فانا كفيل به فهل يصير كفيلا في الحال ويبطل الشرط أم لا يصير كفيلا أصلا ؟ . واعلم أن هذا المقام يحتاج الى نظر وتأمل والموضع مشكل جدا وقد وقع في كلام صاحب الهداية فيما نقلناه عنه ما حصل فيه اختلاف بين الشراح أعنى السغناقى وجلال الدين الخبازى وكل واحد منهما حمل كلام صاحب الهداية على محمل وحمل المطلوب فيه خلاف ما جعله الآخر وقد ذكرنا كلام كل واحد منهما ، وأما خلاصة ما قاله السغناقى أنه لا يصير كفيلا أصلا ، وأول كلام صاحب الهداية وهو قوله (الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا) وجعله محمولا على التأجيل الى هبوب الريح ومجيء المطر لا على أنه يكون في تعليق الكفالة به وهو مذكور في ذلك فان قاضيخان وغيره صرحوا بأنه لا يصير كفيلا والشيخ جلال الدين الخبازى قال بخلاف هذا وجعل الكلام على ظاهره من غير تأويل ، وقال ولو علق الكفالة بها مع ذلك صحت الكفالة ولزمه المال حالا أي ولو علق الكفالة بهبوب الريح أو مجيء المطر لا يجوز التعليق وصحت الكفالة ولزمه المال حالا ، وبحث فقال لأن ما جاز تعليقه بالشروط لا تبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ولأنه في الطالب تمليك مطالبته بلا عوض ولو كان تمليك مال من غير عوض كالهبة فالشرط لا يفسده فهذا أولى وفي كلام ابن الساعاتى ما يصلح أن يستأنس به لكل واحد من كلام السغناقى والخبازى فانه قال بخلاف ما اذا علقه بمجرد الشرط كهبوب الريح ومجيء المطر فانه تعليق لوجوب المال بالخطر فلا يصح ، ثم قال ولو جعل ذلك أجلا صحت الكفالة وبطل التأجيل ولزم المال حالا . فأوله يشهد لما جنح اليه الخبازى فانه قال فلا يصح أي فلا يصح التعليق

نبقي أصل الكفالة . وآخره يشهد لمقالة السغناقي من حيث انه جعل حكم التأجيل على حدة فصرح فيه بأنه تصح الكفالة ويبطل التأجيل و يلزم المال حالا ولو كان حكمهما واحدا لما فصل بينهما مع أنه يميل الى الايجاز ويحترز عن تطويل الكلام وكذا وقع في كلام صاحب الايضاح ما فيه احتمال لكل من المقالتين على مقالة السغناقي ومقالة الخبازي فانه قال : اذا علق الكفالة بشرط فان كان سببا للحق يجوز وأما اذا قال اذا جاء المطر وهبت الريح أودخل زيد الدار فانه لايجوز لأنه شرط محض فيحتمل أن يكون قوله لايجوز أي لايجوز التعليق ويبطل الشرط ويحتمل أنه لا تجوز الكفالة بهذا الشرط : وقد يقال انه يشبه كلام الخبازي أكثر فانه قال لأنه شرط محض أي فيبطل الشرط ولا يلزم من بطلان الشرط بطلان الكفالة لانها لاتبطل بالشروط الفاسدة

والذي يظهر لي في ذلك أن ماقاله الشيخ جلال الدين أولى وأشبه فان الشيخ في الهداية صرح بلفظ التعليق وبلفظ التأجيل : فأما تصريحه بلفظ التعليق ففي موضعين أحدهما انه قال ثم الاصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم مثل أن يكون كذا وكذا الى آخره كما ذكره فيه فعد الشروط التي تتعلق لاتتأجل ، والموضع الثاني قوله فاما لايصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أوجاء المطر وصرح بالتأجيل في قوله وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا . فعلمنا أن كلامه يتعلق ببيان صورة التعليق والتأجيل فيهما فلا يجوز أن يقال بحمل كلامه في التعليق على أنه أراد به التأجيل فيهما بل هذا يكون ان لولم يكن ذكر التأجيل أصلا اما بعد ذكر التعليق والتأجيل كيف يحسن أن يحمل على أنه أراد بالتعليق التأجيل فانه عطف بيان حكم التأجيل على صورة التعليق فانه صدر كلامه بالكلام على صورة التعليق حيث قال لايصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر ثم عطف عليه بيان حكم التأجيل قال وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا أي من هبوب الريح أو مجيء المطر فكيف يقال حينئذ أنه أراد بالتعليق التأجيل فكيف عطف الشيء الواحد على نفسه وهذا خلاف الأصل وأيضا فلو كان يحسن ذلك لما كان

اشكال على السغناقي في كلامه وحده بل كان ينبغي أن يستشكل كلام جميع الاصحاب فانهم كلهم عدوا صورة التعليق مثل ماعدها صاحب الهداية ولا يجوز أن يقال أن يحمل ماذكره من صورة التعليق على أن مرادهم التأجيل لأنه يلزم منه ترك الكلام في مسألة التعليق واخلاء عامة الكتب فكذا لا يجوز أن يحمل كلامه وحده فانتفى أن يحمل كلامه وحده هذا الحمل واذا انتفى ذلك فقوله و كذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا أى هبوب الريح ومجيء المطر وتكون صورته كفل بنفس فلان الى هبوب الريح أو الى مجيء المطر ثم قال (الا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقه بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق) هذه عبارة الشيخ فقوله الا أنه تصح الكفالة أى في صورة التعليق والتأجيل ويلزم المال حالا ويبطل الشرط وذلك لأنه ذكر جملتين وعقبهما بالا وهي تقتضي تعليقها بكل من الجملتين على ما عرف في مسألة الجمل اذا عقبها باستثناء فانه يتعلق بكل جملة ولا يختص بالجملة الاخيرة وحدها كما اذا قال عبده حر وزوجته طالق ان شاء الله فان الاستثناء ينصرف الى الجملتين ولا ينصرف الى الأخيرة وحدها فكذا هنا لما ذكر حكم التعليق على حدة وعطف عليه بيان حكم التأجيل وعقب ذلك بالاستثناء اقتضى ذلك أن ينصرف الاستثناء الى كل من الجملتين التعليق والتأجيل ومقتضاه أن الكفالة تصح ويبطل الشرط . كيف وانه علل مسألة تزيد ماقلناه فانه قال (لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة) معناه أن أنواع التصرفات ما يقبل التعليق بالشرط ومالا يقبل التعليق بالشرط والكفالة من باب ما يقبل التعليق بالشرط أى في نفس الامر واذا كانت تقبل التعليق بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة وما لا يقبل التعليق يبطل بالشروط الفاسدة فكأنه يقول لما كانت الكفالة تصح بالتعليق بالشرط الملائم وتصح بالشروط فيها أيضاً فلا تبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويبقى الاصل كما قلنا في الطلاق اذا قال طلقت أو أعتقت على دن من خمر أو الى قدوم الحاج أو الى الحصاد أو الى القطاف فانه يقع الطلاق ويبطل الشرط ، ويؤيد هذا ما نقله عن الامام شمس الأئمة السرخسي

من قوله (ومعنى قولنا باطل أن الشرط باطل فأما الكفالة فصحيحة لأن الكفالة لاتبطل بالشروط الفاسدة) فأى تصريح أقوى من هذا التصريح . فان قيل قد ذكر فى البدائع أن الشرط ان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة الى الأداء فى الجملة لايجوز بأن يقال ان جاء المطر أو هبت الريح أو ان دخل زيد الدار فانا كفيل لأن الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكر فى الاصل أنه لايجوز تعليقها بالشرط الا شرطا للحق به تعلق بالظهور أو التوصل اليه فى الجملة فيكون ملائما للعقد فيجوز ولأن الكفالة جوازها بالعرف والعرف فى مثل هذا الشرط دون غيره هذه عبارة البدائع . فكأنه يقول الاصل أن الكفالة المطلقة لاتجوز وانما جاز تعليقها بالشرط الملائم للعرف ولكونه سببا لظهور الحق فاذا علقها بشرط ليس بملائم فلا يصح جريا على الأصل واذا كان كذلك فترجح كلام السغناقى وتعين تأويل عبارة الهداية وظهر أن الذى قاله الشيخ جلال الدين فيه نظر ، قيل له ليس فى كلام صاحب البدائع ما يخالف ما قررناه من ذلك لانه قال ولايجوز الشرط الذى ليس بملائم ولم يقل لا يصير كفيلا فى الحال وقوله (الاصل أن الكفالة لايجوز تعليقها بالشرط الا شرطا للحق به تعلق الى آخره) هذا أيضا فيه نفى صحة التعليق لا نفى أصل الكفالة فان قوله (لا يجوز تعليقها) مسلم وهو المدعى أيضا فأما أصل الكفالة فلم يتعرض اليه بل لو قيل ان فى كلامه ما يشير الى صحة الأصل لكان له وجه . وبيانه أنه قال (الاصل أنه لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا للحق به تعلق) معناه ان الكفالة بدون الشرط على وفق الاصل فاذا علقت بالشرط لا يصح تعليقها بما ليس بملائم فالشرط يبطل لأنه لا يعمل فيما وضع له واذا بطل كأن الكلام عرى عنه أصلا ورأسا فيصح لأنه موافق للأصل ، ويعضده أن ما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة فيصح الاصل ويبطل الشرط . فان قيل قد ذكر فى الاجناس للناطفى قال كل موضع أضيف الضمان الى ما هو سبب اللزوم المال فذلك جائز وكل موضع أضاف الضمان الى ما ليس بسبب اللزوم فذلك الضمان باطل كقوله ان هبت الريح فالمال على فلان فعلى هذه عبارة الناطفى . قيل له هذا

أصرح مما تقدم وهو قوي فى عدم صحة أصل الكفالة ولكن يمكن أن يقال المراد من قوله (فكذلك الضمان باطل) اى التعليق بما ليس بملائم لا أن أصل الكفالة بطل أيضا وفيه تعسف . ورأيت قد ذكر فى الفتاوى ما صورته . قال لو كفل الى أن يمطر السماء أو يقدم فلان جاز . وهذا يساعدنا فى المسألة وذلك لأنه ان كان قوله جاز يعنى الكفالة والتأجيل أيضا وهو الظاهر لأنه لو كان التأجيل باطلا لكان صرح به فحيث أطلق الجواز علمنا أن مراده الكفالة والتأجيل فصار فى المسألة روايتان فى صحة التأجيل لا فى صحة أصل الكفالة فانه رواية واحدة يصح فيجوز أن يستأنس فى مسألة التعليق أيضا لأنها أختها وان المراد من قوله جاز أى جواز الكفالة وبطل التأجيل لأنه مطلق فى نفس الامر . فساغ لنا التأويل فيما قالوه من انه لا يصير كفيلا ومن قول الناطفى (فكذلك الضمان باطل) الى غير ذلك كما قلناه من عبارة الاصحاب ثم رأيت بعد ذلك قد ذكر الشيخ حافظ الدين فى الكنز ما صورته قال ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذره كان غاب عن المصر ولا يصح بنحو ان جاء المطر أو هبت الريح وان جعلا أجلا فتصح الكفالة ويجب المال حالا هذه عبارة الكنز ، ثم جاء الاقصرائى فى شرحه قال هذه العبارة بعينها ثم قال يعنى اذا كفل بالمال الى مجىء المطر وهبوب الريح بطل الأجل وصحت الكفالة لانهما ليسا من الآجال المعروفة بين التجار والكفالة مما يصح تعليقها بالشروط فلا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق انتهى كلام الاقصرائى

قلت ليت شعرى من لم يفرق بين التعليق والتأجيل كيف يتصدى للتصنيف ومن أين له أن مراد الشيخ حافظ الدين بهذا الكلام الذى هو ظاهر فى التعليق انه أراد به التأجيل وغير التصوير الذي ذكره الشيخ حافظ الدين لأن الشيخ حافظ الدين ذكر تقسيم التعليق وما يكون ملائما منه وما ليس بملائم وصرح بالحكم انه تصح الكفالة ويجب المال حالا وهذا ليس من التأجيل فى شيء ولا فى

التأجيل ما يكون ملائماً وما يكون غير ملائم :

فإن كنت لا تدرى فتلك مصيبة   وإن كنت تدرى فالمصيبة أعظم

فالواجب على كل فقيه مر بكلام الاقصرائي المذكور أن يصرف النظر عنه ولا يتمسك فيه ولا فيما أول وأخطأ بل يتبع ما قاله الشيخ حافظ الدين في الكنز فإن الذي قاله الاقصرائي من زيد المعمعة وظاهره ينادى عليه بالجهل وقلة العلم وكان لإثبات عبارة الكنز في هذه الأوراق سبب وهو ان العبد الضعيف حضر مجمعا في بستان بني الرضا بالمزة لوليمة عملت هنالك وحضر ذلك المجلس فضلاء من الحنفية القاضي شهاب الدين قاضي العسكر والقاضي عماد الدين بن العز والقاضي شرف الدين الكفري والشيخ الامام العالم الفاضل المستحضر لمحفوظاته القاضي ناصر الدين القونوي مدرس المقدمية وغيرهم ووقع بحث في هذه المسألة فذكر العبد كلام الشيخ في المسئلة وكلام الشيخ جلال الدين الخبازي وكلام السغناقي وحصل بحث ومال غالب الجماعة الى ما قاله السغناقي بالقوة من غير تحرير ولا انصاف وحصل منهم تحامل انتشأ عن حظ نفس وهوى متبع وملازمة محضة لا تحقيق تحتها فعند ذلك نقل الشيخ ناصر الدين المشار اليه نفع الله به عبارة الكنز كما أثبتها هنا فأخذ بعض المكابرين من الجماعة الحاضرين المذكورين يغلطه في نقله وانه ليس على هذه الصيغة حتى قال القاضي عماد الدين بن العز أنا أراهن على ان الشيخ حافظ الدين لم يقل هذا في الكنز ولا نعرفه ولا نحفظه فسألت من الشيخ ناصر الدين احضاره وأرسل ولده وجاءه بالشرح الذي للأقصرائي المذكور عليه وأحضره الى بعد التفرق من ذلك المجلس فأثبته هنا ثم بعد ذلك وقفت على الكفاية للبيهقي من أصحابنا وهو كتاب جليل موقوف بالخزانة التي بالمدرسة النورية بدمشق فرأيت قد ذكر المسألة وصرح بما قاله الشيخ جلال الدين وزيادة . فصورة ما ذكر فيه قال « باب الكفالة الى اجل مجهول أو معلوم » اذا علق وجوب المال في الكفالة بما يذكر على سبيل التأجيل كما لو كفل بمال الى الحصاد أو الدياس أو صوم النصارى أو الى النوروز جازت الكفالة وان كان مجهولا ، وما ذكر على سبيل الشرط

ان كان سببا لوجوب الحق أو لامكان الاستيفاء جاز فمن قال ان استحق المبيع فعلي ضمانه جاز فمن قال اذا هبت الريح أو دخل زيد الدار فالكفالة جائزة والشرط باطل والمال حال ، ثم بحث ثم قال : فأما مسألة الهبوب فالجهالة فاحشة ولا تعلق لوجوب المال به ولا يسهل الاستيفاء فيبطل الشرط وتثبت الكفالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق هذه عبارته . وذكر في شرح العيون لأبي الليث قال سألت أبا يوسف عن رجل زوج ابنه وضمن المهر على أنه ان مات ابنه أو امرأته قبل أن يبني بها فهو بريء من الضمان قال الضمان له لازم والشرط باطل لأنه شرط الضمان وصح شرطه وشرط براءة ذمته عنه وشرط الضمان بفساد البراءة فلا تصح البراءة فهذه الكفالة معلقة على شرط وقد قال أبو يوسف صح الأصل وبطل الشرط . وذكر في المختار للفتوى قال : ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كقوله ما بعت فلانا فعلي أو بشرط امكان الاستيفاء كقوله ان قدم فلان فعلي أو بشرط تعذر الاستيفاء كقوله ان غاب فعلي ، ولا يجوز بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر فيجب حالا .
وذكر في فتاوى الولوالجي قال : رجل كفل عن زيد بدين عليه على أن فلانا يكفل عنه بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة لأن الكفالة لا تتعلق بالشروط ، وذكر في موضع آخر قال : ولو قال الى أن تمطر السماء فالكفالة جائزة والشرط باطل لأن هذه الأوقات لا تصلح للتأجيل ، لأنه يتوهم حصولها ساعة فساعة ولهذا لا يستعمل التجار فيما بينهم هذا الأجل فلم يكن هذا تأجيلا فكان هذا شرطا فاسدا الا أن الشرط الفاسد مما لا يفسد الكفالة لأنه لما جاز تعليقه بالاعوض ولو كان تمليك مطالبة بعوض لا يبطل فهذا أولى ، وكذلك الى قدوم الأجنبي لأن الشرط باطل والكفالة جائزة . وذكر في شرح مختصر الكرخي للقدوري : قال أصحابنا جميعا أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد اذا كفل الرجل الرجل بمال الى القطاف أو الى الحصاد أو الى الجذاذ أو الى الدياس أو الى النيروز أو المهرجان فالكفالة جائزة قال وجملة هذا أن كل شيء يذكر على طريق التأجيل اذا علق وجوب المال في

الكفالة به صح وان كان مجهولا . وما يذكر على طريق الشرط دون الأجل على ضربين ان كان الشرط سبباً لوجوب الحق أو لامكان الاستيفاء جاز أن يتعلق الكفالة به فان كان بخلاف ذلك لم يجز، ثم بحث فيما يتعلق بجواز الآجال المجهولة ثم قال . وأما الشرط فان كان سبباً لوجوب الحق مثل أن يقول اذا قدم زيد أو استحق المبيع فالكفالة جائزة لأن الاستحقاق سبب لوجوب الحق وقدوم زيد سبب يتسهل به الاداء فجاز تعليق الكفالة بذلك ، فأما اذا قال اذا جاء المطر أو هبت الريح أو دخل زيد الدار فان ذلك لايجوز لأن هذا لا يذكر على طريق التأجيل ولا سبب لوجوب الحق ولا سبيل الاستيفاء والاموال لا يجوز أن يتعلق وجوبها بالشروط . واذا كفل رجل عن رجل بمال الى أجل مجهول لايشبه آجال الناس مثل المطر والريح وأشباه ذلك فالكفالة جائزة والشرط باطل والمال حال على الكفيل . اما بطلان الشرط فقد بيناه وانما لاتبطل الكفالة به لان ما جاز أن يعلق بالشروط لم تبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتق واذا بطل الشرط بقي المال على حاله باطلاق العقد . هذه عبارة القدوري . فانظر بصرك الله ونور قلبك وألهمك الرجوع الى الحق الى ماقاله فى الكفالة مما نقلناه وتصريحه بأن الكفالة جائزة والشرط باطل وكذا قوله فيها وأما مسألة المحبوب أى قوله اذا هبت الريح وماذكره من قوله لان الجهالة فاحشة ولا تعلق لوجوب المال به للاستيفاء فيبطل الشرط وتثبت الكفالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة . فمعنى هذا الكلام ان القول بصحة التعليق فى صورة هبوب الريح وأمثاله منع منه شيئان أحدهما أن الجهالة فاحشة وتفاحشها ظاهر لانه لايدرى متى تهب الريح الساعة أو ساعة أخرى أو بعد يوم أو بعد شهر فلا شك أنها جهالة فاحشة لما تعلقت عليه الكفالة والجهالة الفاحشة فى الشرع معتبرة فلهذا لم يصح التعليق بالهبوب ، والثانى ان هذا الشرط الذى هو هبوب الريح لا تعلق لوجوب المال به ولا الاستيفاء فلا يمكن اعماله بوجه فلهذا قال بأنه باطل لانه انما يتوقف الكلام على الشرط اذا كان فيه فائدة وله عمل فأما اذا لم يكن له تعلق بالكفالة فلا حاجة الى التوقف بسببه

لانه كالمعدوم فيبطل هذا معنى قوله فى الكفالة فى مسألة الهبوب وهو فى غاية الظهور والصراحة بالمدعى . وأما ماذكرناه عن العيون فانه انما ذكرته لارد على من يقول ان المعلق بالشرط عدم قبل وجوده وتفسيره بأن التعليق لما لم يصح بشرط الذى ليس بملائم فصار مجموع الكلام كالمعدوم فيبطل الاصل والشرط وانه فى العيون ذكر صورة الكفالة معلقة على شرط وقال فيها ببطلان الشرط دون الأصل فلو كان ماقاله هذا القائل صحيحاً لبطلت الكفالة أيضا . وأما ماذكره فى المختار فانه متمسك أيضا على المدعى أولا فانه قال فيجب حالا ولا يوصف بأنه يجب الا بعد القول بصحة الأصل وبطلان اعتداد بالشرط الذى ليس بملائم . وأما مانقلناه من الفتاوى الولوالجية فانه سبب الرد على القائل بأنه اذا بطل الشرط يبطل الأصل فانه صرح فى الفتاوى المذكورة مايرد عليه مقاله حيث ذكر صورة كفالة على وجه يعين معلقة أن يكفل فلان بكذا من المال ثم يكفل ، فعلى قول هذا القائل ان الكفالة باطلة لأنه انما قصد الكفيل أن تكون كفالته على هذه الصورة وقد امتنع فلان الآخر من الكفالة فيبنى على قوله أن تبطل الكفالة لأن الشرط لم يحصل به وقد قال الولوالجى الكفالة لازمة لأن الكفالة لا تتعلق بالشروط ومرى هذه فيه كفاية لمن أنصف ، وقوله فى الموضع الاخر ان الشرط الفاسد مما لا يفسد الكفالة لأنه تمليك مطالبة بلا عوض وهى أحسن من التمليك بعوض فاذا جاز فى القوى يجوز فيما دونه أولى كالهبة بالشرط الفاسد يبطل الشرط وتصح الهبة ففى الكفالة أولى وما ذكره القدورى فهو ساكت فى أول كلامه عن البطلان أو الجواز فانه ذكر أولا الشرط الملائم وقال جاز أن تتعلق الكفالة به وقال فى الذى ليس بملائم لايجوز وهذا لا تعرض له بأصل الكفالة بل لو قيل أن فيه اشارة الى صحة الكفالة لكان له وجه ، وهو أنه قال أولا جاز التعليق وآخراً لم يجز وقد وقع فى كلامه أن ماجاز تعليقه بالشرط لاتبطله الشروط الفاسدة ، فقوله (لم يجز تعليقه) يشير الى انه تصح الكفالة وأما قوله فى أواخر كلامه (اذا جاء المطر أو هبت الريح فان ذلك لايجوز) فمراده الشرط لا أصل الكفالة وذلك

لأنه قال عقبه (لانه لا يذكر على طريق التأجيل ولا هو سبب لوجوب الحق ولا يسهل الاستيفاء والأموال لا يجوز أن يتعلق وجوبها بالشرط) فعلم أن كلامه الاول كان فى حق الشرط لا فى الكفالة . ومما يدل على هذا أيضاً وعلى المدعى فى المسألة قوله بعد ذلك فى تعليل مسألة الأجل (أما بطلان الشرط فقد بيناه وإنما لا تبطل الكفالة به لأن ما جاز أن يتعلق بالشروط لم تبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق) فدلت هذه العبارة على شيئين أحدهما أن كلامه كان فيما تقدم فى الشرط لا فى أصل الكفالة لأنه قال أما بطلان الشرط فقد بيناه وهذا ظاهر ، وأما الشئ الآخر فهو المتمسك به على المدعى فى المسألة وهو أنه قال (أما بطلان الشرط فقد بيناه) أى فى مسألة اذا جاء المطر أو هبت الريح وما علل عقيبه فى بطلان الشرط ثم أدخل بعد ذلك مسألة الأجل قال فيها هذه العبارة (أما بطلان الشرط فقد بيناه) وعطف عليه قوله (وإنما لا تبطل الكفالة لأن ما جاز أن يتعلق بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق) . واستفدنا من هذا كله أن الشرط الذى ليس بملائم بمنزلة الأجل المجهول جهالة فاحشة أعنى أن كلا منهما يبطل وتبقى الكفالة لأنه قد قال فى مسألة الأجل (أما بطلان الشرط فقد بيناه) أى من أن الشرط باطل وما ذكره فى الكفالة هناك فاحتاج الى أن يذكرها هنا لان حكم الأجل المجهول فاحشاً والشرط واحد ، فجر الكلام فى الكفالة الى ما يسمه الكلام على بطلان الشرط والأجل فانه قال (وإنما لا تبطل الكفالة لأن ما جاز أن يتعلق بالشروط لا تبطله الشروط الفاسدة) هذا فى صورة تعليق الكفالة بالشرط الذي هو ليس بملائم فى صورة التأجيل لانه لا يقال فيه تعليق ولا شرط وإنما يقال أجل فعلم أن مراده من قوله (أما بطلان الشرط فقد بيناه) الشرط الذي ليس بملائم لا الأجل لانه ليس بشرط ولم يتقدم وبقى قوله (وإنما لا تبطل الكفالة به) أى بالشرط لانه أقرب اليه من غيره والضمير ينصرف الى أقرب المذكورين . ويدل على أنه المراد أيضاً قوله (لأن ما جاز أن يتعلق بالشروط لا تبطله الشروط الفاسدة) وهذا فى التعليق لا فى التأجيل . ومما يؤيد قولنا ان الكفالة لا تبطل وإنما يبطل

شرط وحده قول القدوري أما بطلان الشرط فقد بيناه وأما بطلان الكفالة لبطلان الشرط الذي ليس بملائم وقد قلنا فيما وراء لا تبطل الكفالة به أي بالشرط الباطل فكل ذلك يدل على أن الكفالة لا تبطل وإنما يبطل الشرط . وأما قول القدوري (وإذا بطل الشرط فى الحال على حلوله بإطلاق العقد) فمعناه أن المعلق بالشرط يتأخر حكمه إلى وقت وجود الشرط الصحيح فهو كالمؤجل الذي لم يحل بعد وإذا كان الشرط باطلا والأصل صحيحا يجب المال فى الحال لأن إطلاق العقد يقتضى حلوله فمتى ما كان الشرط الباطل وجوده وعدمه سواء فهو يبقى الحال على حلوله بإطلاق العقد لانه المراد ، فهذا كله فى التأجيل لا التعليق بالشرط لأن السياق يأباه ويرده والتجوز فى لفظة واحدة أولى من التجوز فى ألفاظ كثيرة فإنه تقدم لفظ التعليق ولفظ الشرط وتكرر ذلك ، ولو قيل إن ذلك كله مجاز عن التأجيل لزم ارتكاب المجاز فى ألفاظ كثيرة وهو خلاف الأصل وإذا حملت هذه الألفاظ على المجاز بانفرادها كان أقل مخالفة للأصل وهو الحقيقة . فصار معنا من المنقول فى هذه المسألة على الصريح بأن الكفالة لا تبطل وإنما يبطل الشرط الذي ليس بملائم وحده وما هو فى قوة التصريح نقل الهداية وكفاية البيهقى والكنز والمختار وشرح العيون وفتاوى الولوالجي وشرح الكرخى للقدوري وحاشية الشيخ جلال الدين الخبازي وبقية الكتب التى ذكرناها هنا والتي لم نذكرها بظاهرها لإطلاق الجواز أو أنها بأنه لا يجوز ، أو لا يصير كفيلا ، أو فيه أن الضمان باطل ، إلى غير ذلك من العبارات على اختلافها وكلها يجب أن تحمل على ما ذكرناه توفيقا بين المنقول وتحسينا للظن بالمصنفين ومن أنصف من نفسه وترك عنه الهوى استحسن ما أثبتناه فى هذه الأوراق وظهر له الحق ومن أعرض بعد ذلك ولم يرجع إلى هذا التوفيق ولم يصنف شيئا فى هذه المسألة أحسن من هذا فليعلم أنه معاند للإفادة ولا يعبأ حينئذ بمكابرته . ثم رأيت قد ذكر فى الذخيرة ما صورته : ذكر محمد فى كتاب الكفالة وفى الحيل أن تعليق الكفالة بشرط غير متعارف لا يجوز ثم قال . وذكر محمد فى الجامع أن العبد المأذون إذا لحقه دين وخاف صاحب المال أن يبيعه المولى فقال رجل

لصاحب المال ان أعتقه المولى فأنا ضامن لديك عنه صحت الكفالة ، قال الصدر الشهيد هذه المسألة دليل على أن تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز ، وعندى أن هذه المسألة لا تصلح دليلا لأن المولى باعتاق العبد يصير قيمته للغرماء فهذه إضافة الضمان الى سبب الوجوب وليس تعليق على الحقيقة ، واضافة الضمان الى سبب الوجوب جائزة فيصح الضمان فى تلك المسألة من هذا الوجه هذه عبارة الذخيرة . قوله ولا ذكر محمد فى كتاب الكفالة والحيل . الظاهر أن المراد من كتاب الكفالة والحيل أنهما من كتب الأصل وقد قال ان التعيين لا يجوز ولو كانت الكفالة لا تجوز لكان يقول (لا تجوز الكفالة) لأنه أبلغ فى التصريح بالجواب وليس فيه احتمال بخلاف (لا يجوز التعليق) لأنه يحتمل لا يجوز التعليق وحده وتجوز الكفالة ويحتمل ألا يجوز الكل فتركه ما فيه عدم الاحتمال وذكره ما فيه احتمال لا يكون الا من فائدة وهو أن الكفالة تجوز ويبطل الشرط ، ويؤيده ما ذكره فى الجامع من قوله (صحت الكفالة) ولم يقل صح التعليق ، وفائدة ذكره فى الأصل لا يجوز ولم يذكر صحت الكفالة صريحا وذكر فى الجامع (صحت الكفالة) أن المساق فى الأصل كان فى صحة التعليق وعدمه فخرج الجواب على ما كان فى السياق لأنه مخالف لما ذكره فى الجامع بل بهذا الاعتبار وقع ، فأما ما ذكره فى الجامع من قوله (صحت الكفالة) ولم يكن المقام مقام بيان التعليق الصحيح من الباطل بل مقام تعريف الكفالة هل تصح أم لا فناسب أن يقول صحت الكفالة على أنا تنزلنا وذكرنا هذا على هذا الوجه والا فلنا أن نقول فى صحة تعليق الكفالة بالشرط الذى ليس بملائم روايتان ، فى رواية الأصل لا يصح التعليق وفى رواية الجامع يصح ، وهذا هو الذى لحظه الصدر الشهيد فانه قال هذه المسألة دليل على أن تعليق الكفالة بشرط غير متعارف جائز ، فكأنه يقول فى رواية الأصل لا يصح التعليق وهو الذى كنا نعرفه ، وهذه المسألة تدل على جواز التعليق وصحته فيحمل على الروايتين توفيقا بين الأصل والجامع . ولا يقال ما دلت عليه مسألة الجامع لا يصح أن تكون فى مقاومة رواية الأصل لأن هذا استنباط

في المسألة من الصدر الشهيد والاستنباط ليس رواية فلا يعدل عما قاله في الأصل الى هذا ، لأنا نقول قد وقع مثل هذه العبارة في كلام شمس الأئمة وصاحب الهداية وغيرهما وعدل عما فيه الرواية اليه . فمن ذلك ماقالوه في اقتداء الحنفي بالشافعي بأنهم قالوا : ودلت المسألة على جواز الاقتداء بالشافعية وعن هذه رواية مكحول عن الامام في أنه لا يجوز الاقتداء بمن يرفع يديه ، وعدل عن رواية مكحول الى هذا الاستنباط وحمل على أنه رواية أخرى والا لما كان يرجح على الرواية المنقولة بكونه استنباطا لاغير لأن الاستنباط لايعارض الرواية ولا يصار اليه الا عند تعذر الوقوف عليها . فكذا هنا نقول قول الصدر الشهيد يحمل على أنه رواية أخرى كما حملنا غيره . وأما بقية ما نقلناه من الذخيرة فهو كلام المصنف وهو ليس في رتبة الصدر الشهيد وما تحته الذي قال طائل ، وسنده أنه قال لأن هذه إضافة إلى سبب الوجوب وليس كذلك فانه في العبد المأذون الدين واجب في ذمته يطالبه غريمه متى شاء فلم يكن عتق المولى له سببا لوجوب الحق وانما عتقه إتلاف فيضمن للغرماء قيمته بمنزلة ضمان الاتلافات لا أنه سبب لوجوب الحق للغرماء لأن حقهم واجب قبله فصار اعتقه كما لو أتلف شيئا ما في يده فانه يضمن للغرماء فتعلق الكفالة بعتقه شرط محض ليس بملائم لأن الشروط الملائمة أن تكون إما لوجوب الحق كاستحقاق المبيع وهذا ليس في معناه لأن حق الغرماء ثابت بدونه يطالبونه به في الحال فأما استحقاق المبيع فلم يوجد بعد فما صار نظيره ، ولا هو من قبيل مكان الاستيفاء لان الغريم حاضر وهو قادر على الاستيفاء منه بدون العتق وليس بغائب وشرط الاعتاق ليس سببا لاحضاره ، ولا هو من قبيل تعذر الاستيفاء فبقي مجرد شرط ليس بملائم ، وقد قالوا بصحة الكفالة فيه وهو المدعى . فأما القول بصحة التعليق أيضا وهو الذي فهمه الصدر الشهيد وقد قلنا انه ينبغي أن يحمل على رواية أخرى كما قدمنا فتلخص من كلام الذخيرة أيضا كما نقلناه وحررناه انه يجب أن يلحق مع الكتب التي قطعت بجواز أصل الكفالة ، وحصل من هذا البحث ماينفع في حمل كلام بقية الكتب التي أطلقت الجواب بعدم الجواز وبأنه

لا يصير كفيلا على مدحرو.ـ. ود كر فى فوائد خواهر زاده على القدورى قال يجوز تعليق الكفالة بشرط لان عقد الكفالة يشبه الندر من حيث انه التزام ابتداء ويشبه التمليك من حيث ان المكفول له تملك الكفيل المطالبة لأجل المكفول عنه ولهذا عند أبي حنيفة ومحمد قبول المكفول له شرط لصحة الكفالة فمن حيث انه يشبه الندر يصح بكل الشروط ومن حيث انه يشبه التمليك لا يصح أصلا فوفرنا حظهما بالشبهين فقلنا انه جائز تعليقها بشرط ملائم ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم . ثم الملائم بأن كان شرطا لوجوب الحق مثل أن يقول اذا استحق المبيع فعلى أو شرطا لامكان الاستيفاء بأن قال ان قدم المكفول عنه فعلى أو شرطا لتعذر الاستيفاء بأن قال ان غاب المكفول عنه فعلى . وأما غير الملائم كهبوب الريح ونحوه المطر . ومعنى قوله انه لايجوز تعليق الكفالة بشرط غير ملائم أى لا يصير تعليقا بذلك الشرط وانما تصح الكفالة وتكون حالة . وذكر فى فوائد أخرى على القدورى ولم يذكر اسم مصنفها ما صورته : الاصل في الكفالة انه يصح تعليقها بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقولنا اذا استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء مثل ان يقول اذا قدم فلان وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلد. فأما تعليقها بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح وأمثاله فلا يصح وهذا لأن الكفالة تشبه النذر ابتداء من حيث انها التزام وتشبه البيع انتهاء من حيث انه يرجع عند الانتهاء الى المكفول عنه ولأن فيها تمليك المطالبة فلشبهها بالندر يصح تعليقها ولشبهها بالبيع لا يصح تعليقها بشرط غير ملائم توفيرا للشبهين حظهما واذا لم يصح التعليق يثبت الكفالة صحيحة لبطلان التعليق وتكون حالة هذه عبارته . وذكر فى شرح القدورى للزاهدى ويصح تعليق الكفالة بالشروط . ثم اعلم انه يصح تعليق الكفالة بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق أو لامكان الاستيفاء أو لتعذر الاستيفاء كقوله اذا استحق المبيع أو اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو اذا غاب عن البلد وما ذكر من الشروط ملائمة لها على ما ذكرنا من التفسير . فأما التعليق

بمجرد الشرط لا يصح كقوله اذا هبت الريح أو اذا جاء المطر وكذا اذا جعل كل واحد منهما أجلا لكنه تصح الكفالة ويجب المال حالا لأنه لما صح تعليق الكفالة بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق هذه عبارته

وذكر في شرح الهداية للسغناقي في كتاب الهبة منه ما صورته قال: وجملة ما لا يصح تعليقه بالشرط الفاسد ثلاثة عشر موضعاً: البيع والقسمة والاجارة والرجعة والصلح على مال والابراء عن الدين والحجر على المديون وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف في رواية وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون موضعا طلاق والخلع بمال وبغير مال والقضاء والامارة والرهن والقرض والهبة والصدقة والوصية والشركة والمضاربة والتحكيم عند محمد والكفالة والحوالة والاقالة والنسب واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا أو مؤجلا وجناية الغصب والوديعة اذا ضمن فيها رجل وشرط فيها كفالة أو حوالة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب بالشرط وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط ولا اضافته ولكن لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على المأذون لا يبطل الحجر وكذا الهبة والصدقة والكتابة بشرط متعارف وغير متعارف فتصح ويبطل الشرط فهذه الجملة في بيوع العدة انتهى كلام السغناقي . وذكر في شرح مجمع البحرين في كتاب الهبة منه قال والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأنه عليه السلام (نهى عن بيع وشرط) ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا وذلك يعمل في عقود المعاوضات لا في التبرعات هذه عبارته . فالسغناقي نقض كلامه الذي نقلناه عنه من كتاب الكفالة فانه هناك جعل أن الكفالة تبطل بالشرط الفاسد وهنا جعلها مع الذي لا يبطله الشرط الفاسد ، وقد يعتذر له بأنه لما طلع في الشرح الى الهبة تبين له أن الكفالة لا تبطل بالشرط الفاسد وسها عن أن يصلح ما وقع منه في كتاب الكفالة ولا شك أن الذي وقع منه في كتاب الكفالة تقدمه لا على وجه النقل عن

الاصحاب والذي أورده في الهبة نقل والنقل لا يدخله الغلط وانما يدخل الغلط في التفقه كما قيل

وكم من عائب قولا صحيحا وآفته من الفهم السقيم

فقد ثبت بحمد الله ما اثبته من كلامه في الكفالة بهذا الذي نقلناه عنه في الهبة وان كان غير ملتفت اليه لوجود النقول التي ذكرناها ولكن الرد على الانسان من كلامه أحسن وأفحم في الحجة . وأما ما نقله عن شرح المجمع ففيه فائدة جليلة وهي انه وقع في بعض المصنفات أن العقود الشرعية تؤثر في ابطالها الشروط الفاسدة حتى قالوا ينبغي في الهبة أن تبطل بالشروط الفاسدة وأجابوا عنه بأنه فعل حسي أي القبض في الهبة فالذي يرى ما وقع في بعض المصنفات من الاطلاق يقول الكفالة أيضاً من العقود الشرعية ولهذا شرط فيها القبول في المجلس على اختياره فدخلت تحت هذا الاطلاق وليس الأمر كما يزعم فان ابن الساعاتي حقق وقال وذلك يعمل في عقود المعاوضات لا التبرعات فخرجت الكفالة لأنها من عقود التبرعات ولهذا لا تصح من الصبي فان الاصحاب كلهم صرحوا بأنها عقد تبرع ابتداء فلا تصح من لا يصح تبرعه هذه عبارتهم وهذا الحرف أشهر من أن ينقل فيه كلام الأصحاب على وجه الاعراء الى وجه واحد وقد أخذت هذه المسألة حاجتها من البحث والنقل وتحرر بحمد الله الكلام فيها وانكشف وجه الصواب وانجلى وضحى المكابر في جوى والله أعلم :

مسألة : الكفالة بالدين عن الميت المفلس هل تصح أم لا ؟ وتحرير الكلام في ذلك

ذكر في الهداية قال: واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة وقالا تصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل أو مال، وله أنه كفل بدين ساقط لأن

الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين، واذا كان به كفيل أوله مال فيخلفه أو لافضاء الى الأداء بقي. وذكر في المبسوط قال: واذا مات الرجل وعليه دين ولم يترك شيئاً فكفل ابنه أو أجنبي لغريم ماله على الميت لم تجز الكفالة في قول أبي حنيفة رحمه الله وهي جائزة في قول أبي يوسف ومحمد والشافعي، وان كان الميت ترك وفاء جازت الكفالة عندهم، وان ترك شيئاً ليس فيه وفاء فانه يلزم الكفيل بقدر ماترك في قوله وفي قولهما يلزم بجميع ماكفل به، ولو قتل عمدا وهو مفلس وكفل عنه كفيل بالدين الذي عليه صح اتفاقا ولو كان بالدين كفيل يبقى على كفالته وكذلك الرهن يبقى على حاله. وذكر في المحيط قال: كفل عن ميت مفلس بدين لم يصح عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو ترك مالا جاز بمقداره. وذكر في الكافي شرح الوافي: اذا مات المديون مفلسا فكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة وعندهما يصح. وذكر في شرح مجمع البحرين: اذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فكفل عنه رجل للغرماء لم يصح الكفالة عند أبي حنيفة وقالا تصح

قلت فتحرر لنا من هذا كله أن الكفالة عن الميت المفلس لا تصح عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تصح هذا اذا لم يكن للميت مال لا قليل ولا كثير أصلا فأما اذا كان له قليل من المال تصح بالاتفاق لكن عند أبي حنيفة بمقدار ذلك لا غير وعندهما تصح في جميع ما كفل من غير تقدير. يوضحه ترك الميت مثلا مائتي درهم أو مايساوي مائتي درهم ودينه ألف وكفل عنه رجل بالألف فعند أبي حنيفة يصح بمقدار المخلف وهو مائتان ولا يلزمه أزيد من ذلك وعندهما تصح ويلزمه الألف بتمامها ولا فرق بين أن يكفل عن الميت المفلس ابنه أو أحد ورثته أو أجنبي والخلاف في الكل واحد والله أعلم

مسألة: اذا كفل بالقرض الى أجل هل يتأجل على الأصيل أم لا؟ وتحرير الكلام فيذلك: ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي: ألا ترى أن رجلا لو

أقرض رجلا مالا وكفل به عنه رجل الى وقت كان على الكفيل الى وقته وكان على المقترض حالا . وذكر فى المحيط قال الكفالة بالقرض الى أجل جائزة وهو حال على الأصيل لأن ماوجب على الأصيل قرض لأنه وجب بالاستقراض والقرض لايقبل الأجل وماوجب على الكفيل ليس بقرض لأنه وجب بسبب الكفالة وهى ليست باستقراض حقيقة لكن الكفيل يصير بمنزلة المقرض بالأداء فانه يملك الدين بمقابلة ما أدى فيصير معاوضة ومبادلة حقيقة. وذكر فى خزانة الأكمل الكفالة بالقرض الى أجل جائزة والمال على الكفيل الى الأجل وعلى الأصيل حال . وذكر فى شرح التكملة وغيره مثل هذا وبقية الكتب أيضا

قلت فتحرر لنا أن الكفالة بالقرض الى أجل تصح ويكون مؤجلا على الكفيل وحده وعلى الأصيل حالا كما كان ولا يلتفت الى ما قاله الحصيرى من قوله فى التحرير اذا كفل بالقرض الى أجل يتأجل على الأصيل وهذه الحيلة فى تأجيل القرض فان كل الكتب ترد ذلك ولم يقل هذه العبارة أحد غيره ، واذا دار الأمر بين أن يفتى بما قاله الحصيرى وحده أو بما قاله القدورى وكل الأصحاب فلا يفتى الا بما قاله القدورى وبقية الأصحاب ولا يفتى بما قاله الحصيرى ولا يجوز أن يعمل به وكان بعض القضاة يحكم بما قاله الحصيرى من غير أن يعرف أن الحصيرى ذكره وانما كان يقول سمعنا ذلك من المشايخ أنه هو الحيلة فى تأجيل القرض وهو خطأ لا يجوز أن يعمل به والله أعلم

مسألة - اذا كفل بنفس فلان أو بماله عليه الى شهر هل يصير كفيلا فى الحال فاذا مضى الشهر لايبقى كفيلا أم لا يصير كفيلا فى الحال وانما يصير كفيلا بعد مضى الشهر أبدا وتحرير الكلام فى ذلك

ذكر فى فتاوى قاضيخان قال : رجل كفل بنفس رجل الى ثلاثة أيام ذكر فى الأصل أنه يصير كفيلا بعد الأيام الثلاثة وجعله بمنزلة مالو قال لامرأته أنت طالق الى ثلاثة أيام فان الطلاق يقع بعد ثلاثة أيام وكذا لو باع عبدا بألف الى ثلاثة أيام يصير مطالبا بالثمن بعد الأيام الثلاثة ، وعن أبى يوسف أنه يصير كفيلا

في الحال وقال في الطلاق يقع الطلاق في الحال وقال الفقيه أبو جعفر يصير كفيلا في الحال قال وذكر الأيام الثلاثة لتأخير المطالبة الى ثلاثة أيام لا لتأخير الكفالة ألا ترى أن هذا الكفيل لو سلم نفس المكفول به قبل الأيام الثلاثة يجبر الطالب على القبول كمن عليه دين مؤجل اذا عجل قبل حلول الأجل يجبر الطالب على القبول وما ذكره في الأصل أنه يصير كفيلا بعد الأيام الثلاثة أراد به أنه يصير الكفيل مطالبا بعد الأيام الثلاثة . وغيره من المشايخ أخذوا بظاهر الكتاب وقالوا لا يصير كفيلا في الحال فاذا مضت الأيام لا يبقى كفيلا ولو قال أنا كفيل بنفس فلان الى عشرة يصير كفيلا بعد العشرة كما قال في الأصل ولو قال أنا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة أيام يصير كفيلا في الحال فاذا مضت العشرة لا يبقى كفيلا في قولهم لأنه وقت الكفالة بعشرة أيام والكفالة مما تقبل التوقيت . رجل قال لغيره فلان على نفسه الى شهر عن محمد أنه قال لا سبيل عليه حتى يمضي الشهر . وذكر في الفتاوى الظهيرية : واذا كفل بنفس رجل الى شهر أو الى ثلاثة أيام أو ما أشبه ذلك فهو جائز وانما يطالب الكفيل بعد انقضاء المدة ولا يطالب به في الحال في ظاهر الرواية عن أصحابنا على أن الكفالة متى حصلت الى أجل فانما يصير كفيلا بعد انقضاء الأجل وعن أبي يوسف أنه يطالب به في الأجل فاذا مضى الأجل يبرأ الكفيل وهو قول الحسن بن زياد ومسألة الظهار والايلاء تشهد على ماقاله أبو يوسف والحسن لأنهما يثبتان في المدة ويبطلان بانقضاء المدة ومسألة الطلاق تشهد على ماذكر في ظاهر الرواية فانه اذا قال لامرأته أنت طالق الى عشرة أيام فانما يقع الطلاق بعد انقضاء العشرة الا على قول زفر ولو قال كفلت فلانا من هذه الساعة الى شهر تنتهي الكفالة بمضي الشهر بلا خلاف ولو قال كفلت بنفس فلان شهرا أو ثلاثة أيام لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم هذا وما لو قال الى ثلاثة أيام سواء ، ومنهم من قال ان الكفيل في هذه الصورة يطالب في المدة ويبرأ بمضي المدة واليه مال الشيخ عبد الواحد الشيباني وكان والدي يقول اذا أراد رجل أن يتكفل بنفس رجل

ولا يصير كفيلا أصلا فالطريق فيه على ظاهر الرواية أن يقول الكفيل عند الكفالة كفلت بنفس فلان شهرا على ألا أكون كفيلا بعد الشهر فانه لا يصير كفيلا أصلا لأنه لا يصير كفيلا بعد الشهر لنفيهما الكفالة فيما وراء الشهر صريحا ولا يصير كفيلا في الحال على ما ذكرنا في ظاهر الرواية فاذا لا يصير كفيلا . وفي متن المحيط قال : الفصل السادس في الأجل والخيار في الكفالة قال محمد في الأصل اذا كفل بنفس رجل الى شهر أو الى ثلاثة أيام أو ما أشبه ذلك فهو جائز واذا صحت الكفالة فانما يطالب الكفيل بعد مضى الشهر ولا يطالب به للحال في ظاهر الرواية ، فظاهر مذهب أصحابنا أن الكفالة اذا جعلت الى أجل فانما يصير كفيلا بعد مضى الاجل ويطالب به بعد مضى الأجل وعن أبي يوسف أنه يطالب به في الأجل فاذا مضى الأجل يبرأ الكفيل وهو قول الحسن بن زياد ومسألة الظهار والايلاء تشهد لهما فانه اذا ظاهر منها مدة معلومة أو آلى منها مدة معلومة فالايلاء والظهار يثبتان في المدة ويبطلان بمضى المدة ومسألة الطلاق تشهد لظاهر الرواية فانه اذا قال أنت طالق الى عشرة أيام فانما يقع الطلاق عليها بعد مضى عشرة أيام ولو قال كفلت بنفس فلان من هذه الساعة الى شهر تنتهى الكفالة بمضى الشهر بلا خلاف . وذكر في المحيط والمنتقى : روى هشام عن محمد رجل ضمن رجلا بنفسه ثلاثة أيام فهو ضامن أبدا حتى يرده الا أن يشترط أنه اذا مضت الثلاثة فهو برىء فيكون على ما شرط . وذكر في الذخيرة مثل ما ذكر في متن المحيط الا انه زاد فقال الا انه يجب على المفتى ان يكتب في الفتوى اذا مضت المدة المذكورة فالقاضي يخرجه عن الكفالة احترازا عن خلاف جواب الكتاب فان وجد هناك قرينة تدل على انه اراد جواب الكتاب فهو على جواب الكتاب

قلت فتحرر لنا من هذا ان جواب ظاهر الرواية ان الكفالة الى شهر اوالى ثلاثة أيام أو ما اشبه ذلك صحيحة ولا يطالب بها الكفيل في الحال ولا قبل مضى الشهر وانما يطالب بعد مضى الشهر الى الأبد ، ولا تكون مؤقتة بخلاف ما لو قال من الساعة الى شهر اوالى ثلاثة أيام فانها تكون مؤقتة وله أن يطالب في المدة ويبرأ

بعد انقضائها بلا خلاف . ولو قال كفلت شهرا بنفسه من غير ذكر من والى فهذه الصورة اختلف المشايخ فيها . فمنهم من حمل الجواب فيها كالجواب فى قوله كفلت لى ثلاثة أيام وقد تقرر لنا أن ظاهر الرواية انه لا يطالب بالكفالة قبل الثلاثة بل يطالب بعدها من غير تأقيت ابدا فالذى ذهب اليه بعض المشايخ انه حمل الجواب هنا كالجواب فى الصورة التى بالى يكونه مخرج الجواب فيه على ظاهر الرواية، وقد نقل هشام عن محمد انه يصير كفيلا ابدا كما ذكرناه عن المحيط فقوى جانب من قال هذا القول من المشايخ. ومنهم من قال ان الكفيل فى هذه الصورة يطالب فى المدة ويبرأ بعدها . وعبارة الفتاوى الظهيرية والذخيرة فى هذه الصورة من حكاية اختلاف المشايخ فيها اشارة الا أن أكثر المشايخ قالوا فى صورة الكفالة بالى بجواب ظاهر الرواية لا بما روى عن أبى يوسف فانه قال ومنهم من قال ان الكفيل فى هذه الصورة يطالب فى المدة ويبرأ بعدها فتخصيصهم على هذه الصورة فيه اشارة الى أن قولهم فى الصورة التى بالى جواب ظاهر الرواية والا لما كان فيه فائدة . وأما قوله فى الذخيرة (انه يجب على المفتى أن يكتب فى الجواب اذا مضت المدة فالقاضى يخرجه) هذا والله اعلم من فقه كلام أبى على النسفى فانه قال فى الذخيرة قال أبو على النسفى قول أبى يوسف أشبه بعرف الناس وانه كان يفتى به ثم عقبه بما ذكرناه فلا يتوهم متوهم أن الفتوى على هذه الرواية التى عن أبى يوسف كما أفتى به أبو على النسفى فانه لو كانت الفتوى على هذه الرواية مطلقا لما قال (أن يكتب المفتى اذا مضت المدة فالقاضى يخرجه) وانما يقول اذا مضت المدة برئ من الكفالة فحيث ذكر هذا على هذه الصورة علمنا أنه جعل الجواب مفوضا الى رأى القاضى والقاضى المقلد لا يجوز له أن يحكم الا بما هو ظاهر المذهب لا بالرواية الشاذة الا أن ينصوا على أن الفتوى عليها فصار كأنه راعى جهة العرف من وجه وما يمكنه أن يخرج بالفتوى عليه مع مخالفة الأصل وظاهر الرواية وأقوال الأصحاب فلهذا قال يكتب المفتى فى الجواب اذا مضت المدة فالقاضى يخرجه والله أعلم

مسألة : اذا كفل بنفس رجل وقال ان لم أوافك به غدا فعلى كذا من المال ولم يقل

الذى على المكفول هل يصح أم لا ؟ واذا قال فان لم أواف به غدا فأنا كفيل بنفس عمرو شخص آخر هل يصير كفيلا اذا لم يواف به أم لا ؟ وتحرير الكلام فى ذلك وما يشاكله

ذكر فى المحيط قال : باب الكفالة بالنفس ، ان شرط ان لم يواف به فعليه كذا مسائله على ستة أوجه : احدها لو كفل بنفس رجل عليه مال لرجل حال أو مؤجل فان لم يواف به الى وقت كذا أو لم يوقت فعليه المال الذى عليه حار فان لم يواف به لزمه المال ولا يبرأ من الكفالة بالنفس . والثانى لو قال فان لم أوافك به غدا فعلى ألف درهم ولم يقل الألف التى لك عليه والطالب يدعى ألفا يلزمه ألف درهم عند أبى حنيفة وقالا لا يلزمه ثم رجع أبو يوسف الى قول أبى حنيفة . الثالث لو قال ان لم أوافك به غدا فعلى الألف التى لك عليه والطالب يدعى عليه مائة دينار لا يصح لأنه كفل بدين غير واجب . الرابع لو قال ان لم أوافك به غدا فعلى ألف سوى الألف التى لك عليه . اختلف المشايخ فيه على قولهما قيل لا يصير كفيلا بالمال أصلا وقيل يصير كفيلا بالمال . الخامس لو قال ان لم أوافك به غدا فالمال الذى لك على رجل آخر على وهو الف درهم جاز عندهما خلافا لمحمد . السادس كفل بنفس رجل لرجلين فان لم يواف به الى كذا والا فعليه ما عليه لهما فواف به لاحدهما والآخر غائب برئ من كفالة الشاهد ولزمه نصيب الغائب من المال وما أخذ الغائب يكون بينهما لأنه مال مشترك وللكفيل أن يتقدم الى الحاكم لينصب عن الغائب من يسلم اليه نصيبه ، وأنكر الخصاف جواز نصب القاضى . وذكر فى الذخيرة قال : يجب أن يعلم بأن من هذا الجنس مسائل عشر : احداها اذا شرط الكفيل فى الكفالة بالنفس ان لم أوافك به غدا فعلى المائة التى لك عليه فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والكفالة بالمال جائزة عندنا استحسانا والقياس ألا تجوز : المسألة الثانية اذا شرط فى الكفالة بالنفس ان لم أوافك به غدا فعلى مالك عليه من المال ولم يسم مقدار المال صحت الكفالة الثانية أيضا واذا لم يواف به غدا ان تراضوا على مقدار من المال أو قامت البينة به لزم الكفيل ذلك وان اختلفوا

في مقدار ما على المكفول بنفسه فالقول قول الكفيل. المسألة الثالثة إذا شرط في الكفالة بالنفس إن لم أوافِ به غداً فعلي مائة درهم ولم يقل المائة التي عليه ولم يواف به غداً يجبر إن أقر الكفيل أن عليه مائة درهم وقد كفل عنه بذلك يصير كفيلاً وهذا ظاهر وإن قال الكفيل لم يكن للطالب عليه شيء وإنما كان هذا من إقرار الطالب بمائة درهم وكان الطالب يقول لي عليه مائة درهم وقد تكفلت لي عنه بذلك معلقاً بعدم الموافاة فالقياس ألا يلزم الكفيل ويكون القول قول الكفيل وبه أخذ محمد وهو قول أبي يوسف الأول وفي الاستحسان لزم الكفيل المال وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً. فصار نتيجة أن الكفالة صحيحة أعني الكفالة بالمال على التقديرين تقدير تصديق الكفيل بأن للطالب على المكفول به مائة درهم وتقدير تكذيبه والطالب يقول لي عليه مائة درهم وقد كفلت لي بها على وجه عدم الموافاة وهذا عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الآخر. وأما الترجمة لها ثانياً وهي إذا كفل بنفس زيد وقال إن لم أوافِ به فأنا كفيل بنفس عمرو وعمرو عليه حق للطالب فهذه المسألة هي المسألة العاشرة التي ذكرها في الذخيرة وقد قال إن الكفالة الثانية جائزة أي الكفالة المعلقة بشرط عدم الموافاة حتى إذا لم يواف به يصير كفيلاً بنفس الثاني والله أعلم

مسألة . الكفالة بالدرك وتحرير الكلام فيها

ذكر في الهداية قال: ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يؤخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض به البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع لأن احتمال الإجازة ثابت فلم يجب على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بمجرد الاستحقاق فصل قيامه يؤخذ بمجرد الاستحقاق. وذكر في الكافي شرح الوافي قال: ومن اشترى شيئاً وكفل له رجل بالدرك فاستحق المبيع ليس للمشتري أن يأخذ من الكفيل الثمن حتى يقضى له على البائع لأن الكفالة بالدرك كفالة بالثمن ولا بد من وجوب الثمن على البائع ليصير هو كفيلاً به وبنفس

الاستحقاق والقضاء بالمبيع للمستحق لا يجب على البائع ما لم ينفسخ العقد ويجب الثمن على البائع ولهذا لو أجاز المستحق البيع صح البيع . وذكر في المحيط قال الكفالة بالدرك جائزة وهي التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع لأن الكفالة بالدرك انما تعقد لتحقيق أحكام البيع وتأكيدها لأن المشترى ربما لا يرغب في الشراء الا بهذه الكفالة، فلو كفل بالدرك فاستحق المبيع لم يؤخذ الكفيل حتى يقضى به على البائع، ثم قال بعد هذا ولو ضمن الدرك في دار اشتراها لم يكن له أن يرجع عن ضمانه قبل أن يلحقه الدرك . قلت فتحرر لنا من هذا أن ضمان الدرك جائز باتفاق بين أصحابنا وهو الذي يكتب في كتب المبايعات بعد الثمن والمعاقدة ومحضر الآن ما يكتب على العادة وهو يحترز به لحفظ الثمن لكن اذا استحق المبيع لا يلزم الكفيل بالثمن بنفس ثبوت الاستحقاق بل لا بد من قضاء القاضي على البائع بالثمن وعن أبي يوسف انه بمجرد الاستحقاق يرجع على الكفيل والأول هو ظاهر الرواية وهو المذهب والله أعلم بالصواب

مسألة

اذا وكل رجلا أن يبيع داره مثلا أو شيئا مما يملكه توكيلا صحيحا ثم كفل الوكيل البائع الثمن على المشترى لأجل الموكل هل تصح الكفالة أم لا ؟ وتحرير الكلام في ذلك

ذكر في الهداية قال فصل في الضمان : ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل لأن الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان يتغير بحكم الشرع فيرد عليه . وذكر السغناقي في شرح الهداية قال : قوله (ومن باع لرجل ثوبا الى أن قال فالضمان باطل) وذلك لأن حق القبض للوكيل بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل ولا بعزله ولهذا لو وكل الموكل بقبضه من المشترى ثم عزل الموكل صح وهذا لأن الثمن بالعقد يجب للوكيل على المشترى

على ظاهر الأصل أن حقوق العقد راجعة الى الموكل والعاقد سفير فى حقوق العقد كالعاقد لنفسه ولهذا كان أحق بالطالبة ولو حلف المشترى ما للموكل عليه شيء كان بارا ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثا فلما ثبت أصالة الوكيل فى القبض لو صح الضمان منه يصير ضامنا لنفسه وانه لا يجوز بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن للمرأة عن الزوج المهر لأنه فى باب النكاح سفير لا يلى قبض المهر فلا يصير ضامنا لنفسه كما ذكره الامام .قلت فتحرر لنا من هذا أن كفالة الوكيل الذى باع للموكل لا تصح لأنه يكون ضامنا لنفسه بناء على أن حقوق العقد ترجع اليه والأصل معروف فى موضعه والله أعلم

مسألة

هل يشترط أن يكون القاضى مجتهدا أم لا ؟ وهل يجوز تولية المقلد أم لا ؟ وبيان من يصلح للقضاء وتحرير الكلام فى ذلك

ذكر فى الهداية قال: كل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا أنه لا ينبغى أن يقلد كما فى حكم الشهادة فانه لا ينبغى للقاضى أن يقبل شهادته ولو قبل شهادته جاز عندنا . وأهلية الاجتهاد شرط الأولوية فى الصحيح . وأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعى وفى حد الاجتهاد كلام عرف فى أصول الفقه . وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه وان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس : وذكر فى البدائع قال : وأما بيان من يصلح للقضاء فانه للأهلية للقضاء لها شرائط منها العقل والبلوغ والاسلام والحرية والنظر والنطق والسلامة عن حد القذف فلا يجوز تقليد الصبى والمجنون والكافر والعبد والأعمى والأخرس والمحدود فى القذف. وأما العلم بالحلال والحرام وسائر الأحكام فليس بشرط لجواز التقليد عندنا ولكنه شرط الكمال فيجوز

تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حدود الشرع . وذكر في فتاوى قاضيخان قال: الفصل الاول في معرفة أهل القضاء. فأهله من يكون أهلا للشهادة ومن لا يكون أهلا للشهادة كالعبد والصبي والأعمى والكافر لا يكون أهلا للقضاء وكذا المحدود في القذف. وبعض العلماء منهم الخصاف والطحاوي ألحقوا بهؤلاء الفاسق والمرتشي فيشترطان اذا قلد الفاسق لا يكون قاضيا واذا فسق ينعزل وكذا المرتشي . ومع أهلية الشهادة لا بد أن يكون عالما ورعاً فان كان جاهلا عدلا أو عالما غير عدل لا ينبغي أن يتقلد ولا يقلد . والجاهل التقي أولى بالقضاء من العالم الفاسق . وذكر في المحيط قال: وأما أهله فأهل القضاء من كان عالما بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي . وأما العدالة فليست بشرط الاهلية لكن هي شرط الاولوية والافضلية حتى ان الفاسق يصلح قاضيا لكن الأفضل أن يكون القاضي عدلا وهذا بناء على أن كل من صلح شاهدا صلح قاضيا والفاسق يصلح شاهدا عندنا فصلح قاضيا . وأما أهلية الاجتهاد قال بعض مشايخنا ينبغي أن يكون عالما بالنصوص من الكتاب والسنة بما يتعلق به الاحكام الشرعية وأن يكون عالما بوجوه العمل بالكتاب والسنة والاجماع والقياس . وذكر في الكافي شرح الوافي قال: وأهله من كان أهلا للشهادة لما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء ومن صلح شاهدا صلح قاضيا والا لا والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا أن الاولى ألا يقلد الفاسق كما في حكم الشهادة فان الأولى ألا يقضي القاضي بشهادة الفاسق ولو قضى نفذ عندنا ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر المذهب. وقال القاضي فخر الدين أجمعوا على انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال اذا تولى القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء لا يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق وقيل لا يصلح الفاسق مفتيا وقيل يصلح والاجتهاد شرط الأولوية في القضاء حتى يصح تقليد القضاء للجاهل عندنا . وذكر في الفتاوى الظهيرية كون القاضي عالما أو مجتهدا ليس بشرط حتى ان

الجاهل لو استقضى يصير قاضيا . ثم أجمع الفقهاء أن المفتي يجب أن يكون من
أهل الاجتهاد فإنه لا يقدر أن يفتي إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ألا ترى إلى ما
روى عن أبي حنيفة أنه قال لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلنا
أو من أين قلنا فالمفتي في زماننا لا يفتي إلا بطريق الحكاية فيحكي ما يحفظ من أقوال
الفقهاء . وكونه عدلا ليس بشرط أيضا حتى قال أصحابنا الفاسق يصلح أن يكون
قاضيا ولو فسق لا ينعزل عن القضاء ولكن لا ينبغي أن يقلد الفاسق القضاء ، وإذا
فسق بعد تقلد القضاء يجب على السلطان أن يعزله والقاضي إذا قضى وما ارتشى
لا ينفذ قضاؤه . وذكر في شرح مجمع البحرين قال لا تصح ولاية القاضي حتى يكون
أهلا للشهادة لأن القضاء والشهادة من واد واحد فمن جمعت فيه شروط الشهادة
كان أهلا للقضاء قال ويفضل تولية المجتهد العدل ويجوز تولية الجاهل . وذكر
القدوري أن أهلية الشهادة والاجتهاد من شروط صحة التولية وقال صاحب الهداية
والصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية وهذا بناء على أن تولية الجاهل أصح
عندنا خلافا للشافعي وذلك ردت اسميه في الأقضية على ما هو الصحيح . وذكر
في الأجناس القاضي من لا يصلح أن يكون شاهدا لا يصلح أن يكون قاضيا لأن الشهادة
تتضمن قبول قوله على غيره كما يتضمن ذلك في القضاء فلذلك يصح اعتبار أحدهما
بالآخر . وذكر الزاهدي في شرح القدوري قال المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا وقد
نص عليه صاحب هذا الكتاب حيث شرط فيه أن يكون من أهل الاجتهاد . وذكر
الخصاف ما يدل على جوازه ثم بحث ثم قال ، فالصحيح عندنا أن أهلية الاجتهاد
شرط الأولوية وأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله . وذكر
في الخلاصة في الفتاوى : العلم شرط الأولوية لا شرط جواز التقليد حتى لو قضى
بفتوى غيره يصح وكذا العدالة شرط الأولوية وعند الشافعي والخصاف شرط لازم

قلت فتحرر لنا من هذا أن الاجتهاد شرط الأولوية في الصحيح من مذهب
لا شرط جواز التقليد فأما شرائط الجواز فهي شرائط أهلية الشهادة فمن كان أهلا
للشهادة كان أهلا للقضاء وعلى العكس ، ثم إن بعض الأصحاب اقتصر على حد

التعريف و بعضهم عد الشرائط كصاحب البدائع فانه قال منها العقل والبلوغ والاسلام والحرية والبصر والنطق والسلامة عن حد القذف ولا شك أن هذه شرائط أهلية الشهادة أيضاً على المسلمين . وكنت في وقت تتبعت حكم الصمم هل يكون كالخرس والعمى أعنى أن العمى مانع من أهلية القضاء والخرس كذلك فالصمم هل يكون فى حكمهما أم لا ؟ فلم أجد فيها نقلا فما وصلت الى هنا رأيت فى كلام الأصحاب مايدل على أنه ليس بمانع فانهم قالوا : كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وصاحب البدائع عد على وجه التفصيل ولم يذكر الصمم ولاشك ان الأصم تقبل شهادته وله شهادة معتبرة شرعا وقد قالوا ان كل من كان أهلا للشهادة كان أهلا للقضاء فيدخل تحت هذا ان الأصم اهل للقضاء بخلاف الأعمى والأخرس ومن حيث الفقه فهو موافق أيضاً فان الاصم يمكنه أن يعرف الاحكام بالكتابة ويحكم عن يقين فانه يميز المحكوم له من المحكوم عليه بخلاف الأعمى والأخرس أما الأعمى فظاهر وأما الأخرس فانه لايفهم منه الحكم والالزام بالحق فلم يحصل منه قطع الخصومات وفصلها وهذه المعانى كلها منتفية فى الاصم فيجوز تقليده على مقتضى ما قالوه . وأما اختلاف الأصحاب فى ان القاضى اذا فسق هل ينعزل او يستحق العزل فلا شك أن الاختلاف الذى بين القولين ظاهر فان القول بأنه ينعزل بالفسق لايحتاج معه الى عزل السلطان وثمرته فى احكامه التى تقع بعد فسقه فمن قال بأنه ينعزل يقول جميع احكامه بعد فسقه باطلة لاتصح والقائل بالقول الذى يستحق به العزل يقول احكامه صحيحة لكن يجب على السلطان أن يعزله فحصل الفرق بين القولين بقى لنا بيان مايصير به الانسان فاسقا وموضعه مسألة سماع القاضى البينة على الفسق واثباته وسيأتى ان شاء الله تعالى

مسألة : طلب القاضى الخصم خارج البلد . الدعوى وتفسيرها ومتى يجوز للقاضى ان يرسل خلف الغريم وكيفية الارسال اذا طلب ذلك منه وتحرير الكلام فى ذلك

ذكر فى شرح أدب القاضى للخصاف قال : ثم قال فى الكتاب وأراد عليه دعوى وهو فى المصر فهذا اشارة الى أن الخصم اذا كان خارج المصر لايعديه بمجرد

الدعوى قالوا وهذا اذا كان الموضع بعيدا عن المصر فأما اذا كان قريبا فانه يعديه بمجرد الدعوى كما لو كان فى المصر ، والحد الفاصل بين القريب والبعيد انه اذا كان بحيث اذا ابتكر من أهله أمكنه ان يحضر مجلس القاضى ويجيب الدعوى ويمكنه أن يبيت فى منزله فهذا قريب ، وان كان يحتاج الى أن يبيت فى الطريق فهو بعيد وقد نص على هذا الحد وهذا القول قول صاحب الكتاب ونظيره ما ذكر فى شرح الجامع الصغير ان الفرقة متى وقعت بين الزوجين وبينهما ولد فأرادت المرأة ان تنقل من القرية التى كان فيها العقد الى قرية أخرى مع الولد ان كان الزوج يمكنه ان يحضر ويطالع ولده وينظر فى أمره ثم يعود ويبيت فى منزله كان لها ذلك والا فلا ، فاذا كانت المسافة بعيدة وادعى المدعى كيف يصنع القاضى ؟ اختلف المشايخ فيه : منهم من قال يأمر الذى يجىء يدعى باقامة البينة على موافقة دعواه ولا تكون هذه البينة لأجل القضاء بل تكون لأجل الاحضار كما فى كتاب القاضى الى القاضى والمستور فى هذا يكفى فاذا أقام أمر انسانا أن يحضر خصمه فاذا حضر أمر المدعى باعادة البينة فاذا أعادها وظهرت عدالة الشهود قضى بها عليه ، ومنهم من قال يحلفه القاضى فان نكل أقامه من مجلسه وان حلف أمر انسانا أن يحضر خصمه . ومنهم من قال يستكشف حال المدعى فيقول هل لك معه خلطة أو أخذ وعطاء أو شركة أو مضاربة أو مبايعة فان فسر ذلك أمر انسانا باحضاره والا فلا والأول أصح وعليه أكثر القضاة . وذكر فى منية المفتى للسجستانى فى مسائل المهدى : والمدعى اذا طلب من القاضى احضار الخصم وهو خارج المصر ان كان الموضع قريبا بحيث لو ابتكر من أهله أمكنه أن يحضر مجلس القاضى ويجيب خصمه ويبيت فى منزله يعديه بمجرد الدعوى كما لو كان فى المصر وان كان أبعد من ذلك قيل يأمره باقامة البينة على موافقة دعواه لاحضار خصمه والمستور فى هذا يكفى فاذا أقام يأمر انسانا فيحضر خصمه ، وقيل يحلفه القاضى فان نكل أقامه من مجلسه وان حلف يأمر باحضار خصمه . وذكر فى فتاوى قاضيخان قال اذا جاء رجل الى القاضى وذكر أن له على فلان بن فلان دعوى فان كان المدعى

عليه غائبا يدفع القاضي اليه طينة عليها ختم القاضي مكتوب فيها أجب خصمك الى مجلس الحكم وان كان المدعى عليه حاضرا فى المصر أحضره القاضى بمجرد دعوى المدعى وكذا اذا كان قريبا من المصر فان كان بعيدا لايعدى القاضي خصمه بمجرد قول المدعى حتى يقيم البينة أن له على فلان حقا فان أقام البينة أعداه القاضى استحسانا وفى القياس لايعدى كما لو كان بعيدا والفاصل بين القريب والبعيد ماقاله الخصاف انه ان كان فى موضع يمكنه أن يحضر مجلس القاضي ويجيب خصمه ويعود الى منزله فى ذلك اليوم ولا يضره مشاؤه فهو قريب والا فهو بعيد، وعن محمد أنه يجب على الامام أن ينصب قضاة فى الكور فيما دون مدة السفر لأجل مشقة الاعداء، ويسقط الاعداء بعذر المرض وكذا اذا كانت المرأة مخدرة وان كان المدعى عليه غائبا بعيدا عن المصر على التفسير الذى ذكرناه لايشخصه القاضى مالم يقم المدعى البينة على ما ادعى هذا أمر قبلت بينته للاستحضار لا للقضاء والمستور فى هذا يكفى. وذكر فى المحيط باب العدوى والاعداء: ذكر الخصاف قال أبو يوسف اذا ادعى رجل على رجل دعوى وأراد عليه عدوى وهو فى المصر والقاضي لايعلم أمحق هو أم مبطل فانه يعديه عليه ويبعث من يحضره استحسانا والقياس لا يعديه بمجرد الدعوى، واذا كان الخصم خارج المصر قالوا ان كان قريبا من المصر فان كان بحيث لو ابتكر من أهله أمكنه أن يحضر مجلس القاضى ويجيب خصمه ويبيت فى منزله يعديه وان كان بعيدا من المصر بحيث لايمكنه أن يعود فى اليوم ويبيت فى منزله لايعديه، ثم كيف يصنع القاضى؟ اختلف المشايخ قيل يأمر المدعى باقامة البينة أن له عليه حقا ولا تكون هذه البينة لأجل القضاء بل لأجل الاعداء كما فى كتاب القاضى الى القاضى فاذا أقام البينة أمر انسانا أن يحضر خصمه فاذا أحضره أمر المدعى باعادة البينة فاذا أعاد البينة العادلة قضى بها عليه، وقيل يحلفه القاضي فان نكل اقامه من مجلسه وان حلف أمر انسانا أن يحضر خصمه والاول أصح وعليه أكثر القضاة

وذكر فى أدب القاضى لأبى بكر الرازي قال: واذا تقدم رجل الى القاضى

وادعى على رجل غائب حقا وهو غائب عن المصر وسأل احضاره والكتاب الى الوالى فى اشخاصه فان كان بين الموضع الذى فيه المدعى عليه وبين المصر من المسافة مقدار ما يأتى الرجل مجلس القاضي ويروح من يومه فيبيت فى منزله أعداه عليه وذلك أن المسافة التى قدرها ما يغدو الرجل من منزله ويروح اليه فى يوم حكمها حكم المصر مثل أن يكون فى محلة أخرى ، وأما إذا كانت اكثر من ذلك لكونه فى مصر آخر فلا يعدى عليه لكن يستعدى الى قاضي ذلك المصر حتى يقيم بينة أن له عليه حقا . وذكر فى خزانة الأكمل قال أبو يوسف رجل ادعى على رجل وأراد عليه العدوى وهو فى المصر فانه يعديه القاضى ويبعث اليه ليحضره وان لم يعلم أنه محق فى دعواه على هذا عادة الحكام ولو اختفى المدعى عليه فى البيت بعث القاضى نساء يدخلن داره وينظرن الى النسوة فان كان فيهن عرفنه والا يعزل النسوة اللواتى فيها فى بيت ثم يدخل الرجال فيفتشون بقية الدار ، قال هشام قلت لمحمد ما تقول فى رجل له حق على ذى سلطان فلا يجيبه القاضى فأخبرنى أن أبا يوسف كان يعمل بالاعداء وهو قول أهل البصرة وبه نأخذ . والاعداء ان يبعث الى بابه من يناديه أياما ان القاضى يدعوك الى مجلس الحكم فان أجابه والا جعل القاضى وكيلا عنه ولا يأخذ أبو حنيفة بالاعداء وذكر فى موضع آخر ناقلا عن فتوى الناطفى قال القاضى يعدى المدعى وان لم يعلم أنه محق اذا طلب ويبعث ليحضره الا أن يكون فى مسيرة ثلاثة أيام لم يحضره : قلت فتحرر لنا من هذا ان المطلوب اذا كان بعيدا عن مجلس القاضى على البعد الذى ذكروه لا يرسل القاضى خلفه بمجرد طلب غريمه بقوله ان له عليه حقا بل لا بد أن يقيم الطالب بينة عند القاضى ان له حقا على المطلوب ولا بد فيها من العدد ولا يكفى الواحد لأن الخصاف قال يأمر المدعى باقامة البينة كما فى كتاب القاضى الى القاضى والبينة لا تكون الا باثنين وقوله (كما فى كتاب القاضى الى القاضى) فيه تنبيه على هذا فان فى مسألة كتاب القاضى لا بد فيها من اعتبار العدد فكذا هنا ولكن لا يشترط فى هذه البينة العدالة بل المستور يكفى وقولهم (المستور يكفى) حتى

يخرج منه المطلوب فيه فسق ونحوه فانه لا يكفي لأن المستور هو من كان حاله مستوراً عن القاضي بمعنى أنه لا يعلم عدالته ولا فسقه فيما يحتاج اليه من الارسال خلف الخصم اذا كان بعيداً عن التحديد الذي ذكروه . والفاصل بين القريب والبعيد لم يتعرضوا اليه بتحديد ولا شك أنه يحتاج الى ذكر حد له لأن القاضي مثلا اذا كان بدمشق هل يقال يعدى الى من هو في غزة أو في حمص فاطلاق كلامهم يقتضي انه اذا قامت البينة بالحق يعدى وان كان فيه ضرر ومشقة على المطلوب وما ذكروا أيضا أنه اذا كان في البر قضاة هل يملك قاضي المصر ان يعدى البعيد أم لا يملك أو انه ينظر الى أيهما أقرب الى الخصم المطلوب من قاضي المصر أو قاضي البر فيكون الطلب للقاضي القريب من المطلوب ويسقط أعداء القاضي البعيد عنه بأن يكون المطلوب مثلا في شبعب أو في الكسوة فان نظرنا الى اعتبار القرب من القاضي فلا يكون للقاضي الذي في دمشق أن يطلب الذي في شباغب وان كان في ولايته بل يكون اعداؤه من قاضي الصمين وان كان المطلوب في الكسوة فليس لقاضي الصمين أن يعديه بل يكون اعداؤه من جهة قاضي دمشق ، بل الذي رأيت قد ذكر في ذلك مقالة قاصية فيما تقدم عن محمد أنه يجب على الامام أن ينصب قضاة في الكور فيما دون السفر لأجل مشقة الاعداء فهذا محفوظ عن محمد وحده ولا شك أن فيه اشارة الى انهما خالفاه في ذلك مع كونه نقل عنه خاصة والتنصيص عليه بانفراده يشير الى الخلاف واما الكور فذكر في هذا المقام وهو مقام اعداء البعيد بعد اقامة البينة وقد صرحوا بأنه يعديه القاضي فقوله بعد ذلك وعن محمد أنه يجب على الامام أن ينصب قضاة في الكور فيكون قولهما أنه يعدى القاضي بعد اقامة البينة وان كان المطلوب بعيدا عن القاضي بقدر مدة السفر وما نقلوا أن الفتوى على ماروى عن محمد فيجب أن تكون الفتوى على قولهما على الاصل المعروف ، فان قيل المروى عن محمد فيه مصلحة لأن المطلوب يتضرر اذا كان بعيدا بعد مسافة القصر قلنا كما تنظر الى مصلحة المطلوب يجب أن ينظر الى مصلحة الطالب أكثر لانه قد تكون بينته في المصر الذي فيه القاضي الاصلي

وإذا قلنا لا يعديه فحينئذ يتكلف السفر الى مكان المطلوب ويتكلف بسفر البينة أيضا لأجل ثبوت الحق عند الانكار فيحصل عليه ضرران ضرر نفسه وضرر سفر البينة وقد يتعذر سفرها وهو الظاهر فيؤدي الى أحد أمرين اما ضياع الحق بالكلية بأن تموت البينة أو يتأخر الحق فيكون أشق من أسفار المطلوب لأنه يلزم منه ضرر واحد، وأيضا فان البينة اذا سافرت مع الطالب الى المكان الذي فيه المطلوب جاز ألا يعرفها القاضي الذي فيه ويحتاج الى من يعدلها عنده والظاهر أنه لا يتهيأ له تعديلهم من غير أهل بلدها فيحتاج الى كلفة مثل التي أيضا بالسفر، وأيضا فان قضاة البر يصلحون بين الناس لأنهم قضاة على الاطلاق وقد لا تنفذ أحكامهم فيحتمل أن ينكل عن اليمين ويحتاج الى القضاء عليه بالنكول وهو لا يملكه ولا يجوز رد اليمين على المدعي فيتعذر الوصول الى الحق . وأيضا فجاز أن يكون الحق مما يحتاج في اثباته ونفاذه الى قضاء القاضي كنفقة القريب فانها لا تجب الا بالقضاء وليس قضاء القاضي فيه اظهارا للحق بل لا تثبت الا بقضاء القاضي وكل ذلك لا يملكه قضاة البر فلو قلنا ان قاضي المصر لا يعديه أدى الى ضياع هذا الحق بالكلية فان المطلوب يعلم أن قاضي المصر لا يعديه وقاضي البر لا يملك ذلك فيمتنع هو من الحضور الى المصر بالكلية خشية القضاء عليه بالنفقة فيؤدي الى فوات هذا الحق وفي هذه الصور كلها من الضرر ما لا يخفى. والذي يظهر لي أنه ينبغي أن ينظر ان كان بين المطلوب وبين القاضي مسافة سفر فان القاضي لا يعديه بل يسمع البينة ويكتب الى قاضي ذلك المكان على ما هو المعروف من كتاب القاضي الى القاضي وان كان بينهما أقل من مسافة سفر فان كان الطالب أقام بينة على الحق كما ذكرنا أولا أعداه بشرط ألا يكون هناك قاض فان كان هناك قاض لا يعديه وأخذت ذلك من قول صاحب البدائع في شرائط كتاب القاضي الى القاضي فانه قال . ومنها أن يكون بين القاضي المكتوب اليه وبين الكاتب مسيرة سفر فان كان دونه لم يقبل فان القضاء بكتاب القاضي أمر جوز لحاجة الناس بطريق الرخصة لأنه قضاء بالشهادة القائمة على غائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر لكنه جوز لمكان الضرورة ولا ضرورة فيما دون السفر

هذه عبارته ومن قول قاضيخان فيما قلناه (وروى عن محمد أنه يجب على السلطان أن ينصب قضاة فى الكور فيما دون السفر لأجل مشقة الاعداء) فلستفدت من قوله فى البدائع (ولا ضرورة فيما دون السفر انه يمكن خلاص الحق بالاعداء و حضار الغريم لسماع البينة بخلاف مدة السفر فانه لا يعديه ويكتب القاضى لما فى الاعداء من المكان البعيد الذى هو مدة السفر من الضرر والمشقة) فظاهره يقتضى ان يعديه فيما دون السفر سواء كان فى ذلك المكان قاض ثم لا فشابه القول الاول واستفدنا مما قاله قاضيخان (انه روى عن محمد انه يجب على السلطان أن ينصب قضاة فى الكور) وقلنا ان هذا هو الذى ينبغى أن يقال فيه انه يشير الى خلاف بينه وبين أبى حنيفة وأبى يوسف أعنى من أمر وجوب النوبة فى مدة الاعداء ... لكن وعدم رجوعه لأن موضع الخلاف يفهم فى الاعداء مع وجود قضاة فى الكور ، يوضحه أنه لما قال يجب على الامام ان ينصب فيما دون مدة السفر هذا الحرف هو الذى ينبغى ان يقال فيه انه يشير الى الخلاف لما يفهم من قوله لأجل مشقة الاعداء فان الذى يفهم منه انه اذا كان ثمة قضاة فى الكور فلا يعدى قاضى المصر حينئذ من ثمة بل يسقط الاعداء لأجل المشقة بهذا القدر متفق عليه، أما وجوب النصب فهو المختلف فيه فيبقى الجواب حينئذ على التفصيل فيما دون مدة السفر انه اذا كان ثمة قضاة فى الكور لا يعدى قاضى المصر وفيما لا يمكن أن يحضر الخصم ويسمع المخاصمة ويعود الى اهله قبل الليل وفيما يمكن يعدى وان لم يكن ثمة قضاة اعدى قاضى المصر الى مسافة السفر والله اعلم

مسألة . ما يكون حكما من القاضى وما لا يكون، والكلام فى فعل القاضى هل يكون حكما أم لا ؟ وتحرير كلام الاصحاب فى ذلك كله

ذكر فى القنية قول القاضى حكمت له او قضيت له ليس بشرط وقوله ثبت عندى يكفى وكذا اذا قال ظهر عندى أو صح عندى فهذا كله حكم هو المختار وفى (مع حم) المحبس بعد اقامة البينة بالحق قضاء منه وأمور القاضى بحبس المدعى عليه قضاء بالحق هذه عبارة القنية . وذكر فى تتمة الفتاوى اذا قال القاضى ثبت عندى ان

هذا على هذا كما كان القاضي الامام العامري وشمس الأئمة الحلواني يفتيان أنه حكم وقال بعض مشايخنا أنه لا يكون حكما . وفي التتمة أيضا من كتاب البيوع قال القاضي اذا باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز لأن بيع القاضي يكون على وجه الحكم وحكمه لنفسه لا يجوز ولو اشترى من وصي اليتيم يجوز وان كان هذا القاضي جعله وصيا لأن الوصي نائب عن الميت لا عن القاضي . والذي يؤيد هذا أن القاضي لو زوج الصغيرة من ابنه كان باطلا ومسألة بيع القاضي مال اليتيم مذكورة في السير الكبير . وقال أبو العباس الناطفي في الاجناس ما ذكر محمد في السير الكبير من عدم الجواز محمول على قوله أما على قول أبي حنيفة ينبغي أن يجوز البيع كما في الوصي والصحيح ان ما ذكر في السير الكبير قول الكل لأن بيع القاضي يقع على وجه الحكم ألا ترى انه لا تلزمه العهدة فلو جاز بيع مال اليتيم من نفسه كان هذا منه حكما لنفسه والانسان لا يصلح حاكما لنفسه هذه عبارة التتمة . وقد ذكرناها في مسألة تزويج الصغار من هذا الكتاب . وذكر في المحيط في كتاب البيوع قال : ولا يجوز بيع القاضي ماله من يتيم أصلا لأنه يكون ذلك قضاء منه ولهذا لا ترجع حقوق العقد اليه والانسان لا يصلح قاضيا لنفسه . وذكر في الذخيرة في كتاب السير قال : والأمير اذا اشترى شيئا من الغنيمة لنفسه لا يجوز شراؤه وان كان للغانمين فيه منفعة ظاهرة فمن المشايخ من قال هذا قول محمد أما قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف ينبغي أن يجوز شراؤه اذا اشتراه بأكثر من قيمته لأن الوصي اذا اشترى شيئا من مال الصغير لنفسه على وجه فيه منفعة ظاهرة للصغير يجوز عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف فكذا الأمير . ومن المشايخ من قال لا بل هذا قول الكل وهو الصحيح لأن الامام انما يبيع الغنائم على وجه الحكم عن المسلمين ولهذا لا تلزمه العهدة فلو جاز بيعه من نفسه كان ذلك حكما منه لنفسه وحكم الامام والقاضي لنفسه لا يجوز وهذا المعنى معدوم في حق الوصي لأن الوصي لا يبيع مال اليتيم على وجه الحكم حتى يقال بيعه من نفسه يكون حكما لنفسه بخلاف بيع الامام من نفسه . قال شمس

الأئمة السرخسي ولولا المعنى الذي ذكرنا في حق الامام والا كان ينبغي أن يجوز بيعه من نفسه وان لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتامى لانه لا تلحقه العهدة بخلاف الوصي فانه تلحقه العهدة فيؤدي الى التضاد في الاحكام وانه لا يجوز وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه في حق الامير والقاضي لأن العهدة لا تلحقهما فلا يؤدي الى التضاد في الاحكام ومع هذا لم يجز بيع الامير من نفسه لأن بيعه خرج على وجه الحكم وهو لا يصلح حاكما لنفسه . وبما ذكرنا من المعنى يقع الفرق بين شراء القاضي شيئا من مال اليتيم لنفسه وبين شراء الأب من مال الصغير لنفسه وبين شراء الوصي شيئا من نفسه من شراء القاضي لا يجوز وان كان فيه منفعة لليتيم وشراء الأب يجوز بالاجماع اذا لم يكن للصغير فيه ضرر وشراء الوصي يجوز عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف اذا كان للصغير فيه منفعة ظاهرة لأن شراء القاضي وبيعه على اليتيم انما يجوز على وجه الحكم عليه والانسان لا يصلح حاكما لنفسه بخلاف الأب والوصي لأن بيعهما وشراءهما على الصغير ليس على وجه الحكم . وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي : لو قال القاضي ثبت عندي ان لهذا عند هذا كذا قال بعض مشايخنا لا يكون حكما وقال بعضهم ومنهم القاضي الامام ابو عاصم العامري وشمس الأئمة الحلواني انه حكم والفتوى على هذا . وذكر في فتاوى قاضيخان في البيوع قال ولا يجوز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه ولا بيع ماله من اليتيم لأن بيع القاضي قضاء منه وانه لا يصلح قاضيا لنفسه ولهذا لو زوج اليتيمة من نفسه لا يجوز . وذكر في كتاب الاصل لمحمد بن الحسن قال اذا حضر الورثة الى القاضي وطلبوا القسمة وفيهم وارث غائب أو صغير والتركة عقار قال أبو حنيفة رحمه الله لا أقسم بينهم باقرارهم حتى يقيموا بينة على الموت والمواريث وقال أبو يوسف ومحمد أقسم ذلك باقرارهم . فأبو حنيفة رحمه الله قال لا أقسم بقولهم ولا أقضي على الغائب والصغير لأن قسمة القاضي قضاء منه . وذكر في الاحكام في الفتاوى ناقلا عن المنتقى قال : قاض باع مال اليتيم أو أودعه أو باعه أمينه بأمره وهو يعلم بذلك ثم مات القاضي واستقضي غيره فشهدوا عنده

أنهم سمعوا القاضي الاول يقول نصبت فلانا على مال اليتيم بكذا يقبل ويرجع المشتري بالمال وكذلك لو ديعه وان لم يكن الاول أشهدهم أنه قضى بذلك . قلت فتحرر لنا من هذا كله أشياء . منها أن الثبوت حكم على المختار وهو القول المفتى به ، ومنها أن الحبس بعد اقامة البينة حكم ، وتظهر فائدة هذا الفرع في أن القاضي اذا حبس شخصا ثبت عليه حق بالبينة ليس لقاض آخر أن يبطل ذلك الحكم بعد ذلك ، ويوضحه أنه لو حبس الحنفي رجلا في دين أصله معاملة بفائدة كما جرت العادة ولم يحكم بلزوم الدين وصحة المعاملة بل ادعى عليه عنده وثبت عليه الحق وحبسه به ثم أخرج عنه رب الدين فرفع المديون بعد ذلك صاحب الدين الى القاضي المالكي الذي لا يرى المعاملة أصلا وادعى عليه وسأله الحكم بابطال المعاملة فانه ليس للقاضي المالكي أن يبطلها لأن حبس المديون عند القاضي الحنفي أولا قضاء منه بذلك فليس للمالكي ابطال قضائه بعد ذلك . ومنها أن فعل القاضي حكم أعني فيما يكون موضعا للحكم (حتى تخرج منها الافعال ومااشبهها كلها) نحو تزويج الصغائر اللواتي لا ولي لهن سوى القاضي وبيع القاضي مال اليتيم وقسمة القاضي العقار الى غير ذلك مما هو في هذا المعنى ، وتظهر فائدة هذا القول في أن القاضي الحنفي اذا زوج صغيرا أو صغيرة لا ولي لها وقد شرط في تقليده تزويج الصغائر والصغار أنه بعد ذلك ليس للقاضي المخالف أن يفسخ هذا العقد لأنه وقع من القاضي على وجه الحكم كما ذكره في التتمة وفي فتاوى قاضيخان وغيرهما وصرحوا بالصورة فقالوا لو زوج القاضي الصغيرة من نفسه لا يجوز وكذا من ابنه لأن فعله حكم وقد بسطنا الكلام عليه في مسألة تزويج الصغائر والصغار من هذا الكتاب وكذا بيعه مال الايتام الذين لا وصي لهم فانه وقع على وجه الحكم كما ذكره في المنتقى مما قدمناه والله أعلم

مسألة : تعليق الولاية بالشرط وبالاضافة الى زمن في المستقبل وتحرير كلام الأصحاب في ذلك

ذكر في متن البحر المحيط قال : اذا علق السلطان الامارة والقضاء بالشرط أو أضافهما الى وقت في المستقبل بأن قال لرجل اذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها

أو اذا أتيت مكة فأنت أمير الموسم أو قال جعلتك قاضياً رأس الشهر أو جعلتك أمير الموسم الشهر فذلك جائز ، وأما تعليق الحكومة بين اثنين واضافتها إلى وقت فى المستقبل ففيه خلاف بين أبى يوسف ومحمد وسيأتى بيانه فى باب التحكيم ان شاء الله تعالى — وتحرير تعليق عزل القاضى بالشرط اليه أشار فى أدب القاضى للخصاف والمذكور ثمة اذا كتب الخليفة الى القاضى اذا وصل كتابى اليك فأنت معزول فوصل اليه الكتاب انعزل . واذا قال السلطان جعلتك القضاء يوما يجوز ويتأقت بى هذا الوقت واذا قيده بالمكان يجوز ويتقيد بذلك المكان أيضا ذكره شمس الأئمة السرخسى . فعلى هذا اذا قيد القاضى انابة نائبه بمسجد معين لا يكون للنائب أن يقضى فى مسجد آخر — والذى وعد به فى التحكيم هو قال أبو يوسف لا يجوز التحكيم معلقاً بالاخطار ولا مضافا الى وقت فى المستقبل وقال محمد يصح ، صورة التعليق اذا قالا لعبد اذا عتقت فاحكم بيننا أو قالا رجل اذا هل الهلال فاحكم بيننا وصورة الاضافة اذا قالا الرجل جعلناك حكما غدا أو رأس الشهر، واذا اصطلحا على حكم بينهما على أن يسأل فلانا الفقيه ثم يحكم بينهما بقوله جاز وكذا اذا اصطلحا على حكم بينهما على أن يسأل الفقهاء ثم يحكم بينهما بما أجمعوا عليه جاز فان سأل ذلك الفقيه فى الفصل الاول وحكم بينهما بقوله جاز وهذا ظاهر واذا سأل فقيها واحدا فى الفصل الثانى وحكم بقوله جاز ، واذا اصطلحا على حكم بينهما فى يومه هذا أو فى مجلسه هذا فهو جائز ألا ترى انه جاز تقليد القضاء وقتا فكذا التحكيم فان مضى ذلك اليوم أو قام من مجلسه ذلك لا يبقى حكما . واذا اصطلحا على أن يحكم بينهما أول من يدخل المسجد فذلك باطل لأن الجهالة هنا أبين وأظهر ألا ترى انه لو قال أول من يدخل المسجد هذا فقد وكلته فى بيع هذا العبد لا يجوز . ولو سافر الحكم أو مرض أو عمى ثم قدم من سفره أو برئ من مرضه وحكم جاز . والأصل فى هذا أن الحكومة متى صحت لا يخرج الحكم عن الحكومة إلا بانتهاء الحكومة بأن كانت مؤقتة أو بفصل الخصومة أو بخروج الحكم من أن يكون أهلا للحكومة باعتراض الردة وما أشبه ذلك أو بعزل لأن الحكم عن

المتخاصمين بمنزلة القاضي المولى والقاضي المولى لايخرج عن القضاء إلا بأحد ما ذكرنا من الاسباب كما هنا . وذكر في أدب القاضي لأبي بكر الرازي قال : تولية القضاء ببعض الاحكام دون بعض جائزة كما تجوز الوكالة ببعض الاشياء دون بعض . وذكر في تتمة الفتاوى قال : تعليق تقليد القضاء والامارة بالشرط أو مضافا الى وقت في المستقبل يجوز بأن قال اذا قدم فلان فأنت قاضي بلد كذا أو قال اذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها أو قال اذا قدم فلان فأنت قاضي هذه البلدة أو قال اذا قدم فلان فأنت أمير هذه البلدة هذا متفق عليه . أما تعليق التحكيم لانسان بالخطر أو مضافا الى وقت في المستقبل بأن قال اذا قدم فلان فاحكم بيننا في هذه الحادثة قال أبو يوسف لايصح وعليه الفتوى وقال محمد يصح . وأما تعليق عزل القاضي بالشرط ذكر في باب (موت الخليفة) اذا كتب الخليفة الى القاضي اذا وصل كتابي اليك فأنت معزول فوصل يصير معزولا لأن هذا تعليق العزل بالشرط وقد وجد قال الشيخ ظهير الدين لا يفتي بصحة تعليق العزل وهكذا كان فتوى من غيره . اذا قلد انسان القضاء يوما أو جعل هذا يجوز وبه أفتي . وذكر في المحيط ولا يصح التحكيم معلقا بالاخطار والاضافة الى المستقبل بأن قال لعبده أو لغيره ان أسلمت أو أعتقت فاحكم بيننا أو قال لآخر اذا هل الهلال فاحكم بيننا لا يصح عند أبي يوسف وعند محمد يصح لأن التحكيم ليس الا التولية وتفويض الأمر فيصح معلقا بالخطر ومضافا الى وقت في المستقبل كما في التوكيل والقضاء والامارة لأبي يوسف ان التحكيم تولية صورة صلح معنى لأنه لايثبت الا برضا الخصمين وانما يصار اليه لقطع الخصومة والمنازعة المتحققة بينهما وليس الصلح الا هذا والصلح لايصح معلقا ولا مضافا والتولية تصح فلا يصح بالشك والاحتمال بخلاف القضاء بأن قال الخليفة لرجل اذا قدمت من الحج فأنت والى قضاء بغداد لأنه تولية وتفويض حقيقة . وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي : الخليفة اذا مات وله عمال وأمراء وقضاة فهم على حالهم لأنهم نواب عن العامة وهم قائمون . وذكر في فتاوى قاضيخان : ويصح تعليق تقليد القضاء والامارة بالشرط كتعليق الوكالة

وكذا الاضافة الى وقت في المستقبل بأن قال الخليفة لرجل اذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها أو أميرها أو قال اذا قدم فلان فأنت قاضي بلدة كذا . وأما تعليق عزل القاضي بالشرط فصحيح ، ذكر الخصاف ان الخليفة اذا كتب الى القاضي اذا وصل اليك كتابي فأنت معزول فوصل اليه الكتاب يصير معزولا وتعليق التحكيم لانسان بين اثنين والاضافة الى وقت في المستقبل على قول محمد يصح وعلى قول أبي يوسف لا يصح وعليه الفتوى . واذا مات الخليفة لا ينعزل قضاته وعماله وكذا لو كان القاضي مأذونا له في الاستخلاف واستخلف غيره فمات القاضي لا ينعزل خليفته ، فاذا قلد الامام رجلا يوما أو مجلسا جاز و يتوقت بالمكان والزمان . وذكر في تتمة الفتية للمكي : تعليق تقليد القضاء والامارة بالشروط أو مضافا الى وقت في المستقبل يجوز كاذا قدم فلان أو قدمت بلدة كذا وتعليق التحكيم لا يتقيد بالزمان والمكان ولا ينعزل القاضي بموت الخليفة وكذا الوالي فلو مات القاضي أو عزل انعزل خلفاؤه . وذكر في الخلاصة في الفتاوى قال: تقليد القضاء بالشرط أو مضافا الى وقت في المستقبل يجوز بأن قال اذا قدم فلان فأنت قاضي بلد كذا أو اذا قدمت فأنت أميرها جاز بالاجماع . وتعليق عزل القاضي بالشرط صحيح حتى ان الخليفة لو كتب اذا وصل اليك كتابي فأنت معزول فوصل الكتاب انعزل . الخليفة اذا مات وله عمال وأمراء فهم على حالهم في أدب القاضي للخصاف وقال في المحيط والمدية والاجناس للناطفي لو مات القاضي انعزل خلفاؤه وكذا موت أمير الناحية بخلاف موت الخليفة . السلطان اذا عزل القاضي انعزل النائب بخلاف موت القاضي . وذكر في أدب القاضي لو أن الخليفة مات أو خلع وولى غيره بأن اجتمع الناس على خلعه والاستبدال به والميت أو المخلوع قضاة كان قد ولاهم فان قضاته على حالهم أحكامهم نافذة وأمورهم جائزة لأنهم قوام المسلمين جعلوا لمصالحهم وليسوا ولاة له في شيء خص والخليفة نائب عن المسلمين في تقليده القضاة والمسلمون على حالهم فلا ينعزل القاضي بموت النائب وكذلك الوالي لو مات وله عمال لا ينعزلون حتى

يستبدلوا لأنهم نصبوا لمصالح أهل المدينة فى أمور المسلمين فكان نائباً عنهم، ودل هذا فى القيم أن الوقف اذا آجر شيئاً من الموقوف ثم مات لا تبطل الاجارة لأن القيم نائب عن الأوقاف وهى على حالها فلا يبطل العقد بموت النائب وذكر فى البدائع قال فصل وأما بيان ما يخرج به القاضى عن القضاء فكل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضى عن القضاء وما يخرج به الوكيل عن الوكالة أشياء نذكرها فى كتاب الوكالة ولا يختلفان الا فى شىء واحد وهو أن الموكل اذا مات انعزل الوكيل والخليفة اذا مات أو خلع لا تنعزل قضاته وولاته . ولو استخلف القاضى باذن الامام ثم مات القاضى لا ينعزل خليفته لأنه نائب الامام فى الحقيقة لا نائب القاضى ولا ينعزل بموت الخليفة أيضاً كما لا ينعزل القاضى ولا يملك القاضى عزل الخليفة لأنه نائب الامام فلا ينعزل بعزله كالوكيل فانه لا يملك عزل الوكيل الثانى : وذكر فى الوكالة من البدائع قال : وأما بيان ما يخرج به الوكيل من الوكالة فنقول وبالله التوفيق ان الوكيل يخرج من الوكالة بأشياء منها عزل الموكل اياه ونهيه ، ولصحة العزل شرطان أحدهما علم الوكيل والثانى أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير فأما اذا تعلق فلا يصح العزل ، ومنها موت الموكل ومنها جنونه جنوناً مطبقاً وحده أبو يوسف بشهر ومحمد بما يستوعب الحول ، ومنها لحاقه بدار الحرب مرتداً عند أبى حنيفة خلافاً لهما . ومنها عجز الموكل والحجر عليه كالمكاتب يوكل رجلا ثم يعجز وكالمأذون يوكل ثم يحجر عليه . ومنها موت الوكيل لأن الموت مبطل لأهلية التصرف . ومنها جنونه مطبقاً . ومنها أن يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل . ومنها هلاك العبد الذى وكله ببيعه . وذكر فى الذخيرة فى كتاب الوكالة قال : الفصل الثالث فى تعليق الوكالة بالشرط ان كان الشرط متعارفاً صحيح وبشرط غير متعارف غير صحيح . وذكر شيخ الاسلام أن الوكالة لا يصح تعليقها بشرط غير متعارف حتى لو قال لغيره اعتق عبدى ان دخل الدار يكون التوكيل باطلا . وذكر فى الفتاوى الظهيرية قال ويصح تعليق القضاء والامارة بالشرط كتعليق الوكالة وكذا الاضافة فى المستقبل . فأما تعليق

عزل القاضي بالشرط فهل يصح ؟ ذكر الخصاف انه يصح وذكر في منية المفتي تعليق تقليد القضاء والامارة بالشرط ومضافا الى وقت في المستقبل جائز بان قال اذا قدم فلان فأنت قاض بلد كذا أو اذا قدمت بلدة كذا فأنت أميرها أو قال ان قدم أو ان قدمت ، وتعليق عزل القاضي بالشرط قيل لا وبه يفتى . قلت : فتحرر لنا من هذا كله أشياء: منها أن الولاية المعلقة بالشرط المتعارف وغير المتعارف جائزة والتعليق صحيح أيضا ولا يظهر عملها الا عند وجود الشرط الذي علقت عليه وكذا اذا أضاف الولاية الى زمن في المستقبل كقوله جعلتك قاضيا مثلا رأس الشهر أو عند مضي الشهر وهذا باتفاق الاصحاب . بقي انما انه اذا ولى القاضي شخصا وظيفة عند شغورها عن كان بها أو قال اذا خلا مكان بمدرسة الفلانية فتقرر فيهـا أو فقد قررتك فيها ثم مات القاضي الذي قال ذلك قبـل شغورها أو قبل خلو مكان بالمدرسة الفلانية ثم شغر مكان هل تعمل الولاية المعلقة من القاضي بعد موته عند وجود الشرط الذي علقها عليـه أو أضافها اليه أم تبطل الولاية المعلقة المذكورة ؟ وهل يفترق الحال بين المضافة والمعلقة أم لا ؟ الظاهر انها تبطل سواء كانت معلقة بأدوات التعليق أو الاضافة وذلك لأن من كلام الاصحاب أن المعلق بالشرط عدم قبـل وجود الشرط والمعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط والتعليق ليس بسبب في الحـال عندنا كما عرف من قواعد المذهب ولا شك أن الولاية التي كانت من القاضي المقرر زالت بزوال اهليته بموته والاصحاب شرطوا قيام الاهلية وقت وجود الشرط اما من حيث الحكم كالجنون، ومن حيث الحقيقة كالسلامة من الموت عند وجود الشرط فالصحيح اذا علق بشرط ثم وجد الشرط وهو مجنون فانه يعمل لأنه يجعل كالصحيح من حيث الحكم لامن حيث الحقيقة ولو مات وهـو صحيح والمسألة بحالها بطل التعليق ، وانما كان كذلك لأن المعلق عند وجود الشرط جعل كأنه منجز وبعد الموت انتفت الاهلية فبطل التعليق والمضاف مثله لفوات الاهلية فاذا قال لامرأته أنت طالق غدا فمات قبل مجيء الغد بطلت الاضافة من هذا

الوجه صارت الاضافة والتعليق على حد سواء ، وكونها سببا فى الحال لا أثر له فى قيامها بعد الموت وإنما يظهر أثره فى الجنون فكذا فى هذه الصورة لما ولاه معلقا بشرط ومات قبل وجوده فعند وجود الشرط تعذر أن يجعل موليا لزوال الاهلية فتبطل الولاية المعلقة قياسا على بقية التعليقات من الأيمان هذا من حيث البحث والتخريج على القواعد ، فأما من حيث التمسك بما علناه من كلام الاصحاب فنقول : اختلفت عبارات الاصحاب فيما اذا مات القاضى هل ينعزل خلفاؤه أم لا ؟ فذكر الناطفى وصاحب المحيط والكافى أنهم ينعزلون بموته وذكر الخصاف والاسبيجابى وغيرهما أنهم لا ينعزلون وكل من هؤلاء الاصحاب لم يذكر خلافا فيما قاله ، فعلى قول من قال ان القاضى اذا مات تنعزل خلفاؤه تبقى الولاية المعلقة باطلة بالطريق الاولى وهذا ظاهر : وأما على ما قاله الخصاف وغيره من أن موت القاضى لا يوجب انعزال الخليفة فالظاهر أنها تبطل على ما قررناه أولا من ذكر قواعد المذهب واشتراط قيام الاهلية وقت وجود الشرط وبعد موت القاضى لم تبق الاهلية قائمة وقت وجود الشرط فتبطل . بقى هل للقاضى اذا علق الولاية بشرط أن يملك الرجوع عنه وأن يعزل من علقها له قبل وجود الشرط أم لا ؟ فهذا المقام يحتاج فيه الى ذكر مسألة يخرج عليها جواب هذا السؤال وهى ما قال فى المحيط : رجل وكل رجلا فى شىء وكالة مرسلة ثم قال له كلما عزلتك فأنت وكيلى فى ذلك وكالة مستقبلة ثم قال عزلتك فى تلك الوكالة كلها فانه ينعزل عن الوكالة المرسلة وهل ينعزل عن الوكالة المعلقة ؟ قال نصير بن يحيى انه ينعزل وهكذا روى عن محمد وقال محمد بن سلمة لا ينعزل وهكذا روى عن أبى يوسف وهذا بناء على ان الوكالة متى كانت معلقة بالشرط وعزل الموكل الوكيل قبل وجود الشرط يصح العزل عند محمد ولا يصير وكيلا متى وجد الشرط وعند أبى يوسف لا يصح العزل حتى انه يصير وكيلا متى وجد الشرط لأن الوكالة قبل وجود الشرط غير ثابتة فلا يصح العزل قبل وجودها كما قبل التوكيل ، ولمحمد انه انعقد سبب ثبوت الوكالة فيصح العزل بعد وجود السبب قبل أن يصير وكيلا

كالابراء عن الاجرة قبل استيفاء المنافع يصح لانه وجد بعد وجود سبب وجوب الأجرة وهو الاجارة وان لم تجب الاجرة بعد فكذا هنا فهذه عبارة الخيط . فجواب هذا السؤال يخرج على الاختلاف الذي بين أبي يوسف ومحمد اذ لا فرق بين الموكل وبين القاضي هنا لان الولاية المطلقة كالوكالة المعلقة ومناط البحث ومأخذ كل من أبي يوسف ومحمد لا يختص بالوكالة وحدها بل العلة فيهما تعم لان أبا يوسف لحظ ان التعليق كالمعدم قبل وجود الشرط والعزل يقتضي سابقة التقرر والاثبات وفي التعليق لا يظهر فلا يصح وهذا يحسن أن يعلل به في الولاية أيضا لانها مشابهة له من كل الوجوه وكذا ما علل به محمد يحسن أن يعلل به للولاية المعلقة أيضا ان أريد بقوله انه العقد سبب ثبوت الوكالة بالتعليق وفيه نظر لانه لم يعرف ان محمداً قال ان التعليق سبب في الحال كما قال الشافعي وان أريد بقوله العقد سبب ثبوت الوكالة المنجزة المرسلة أولا وحصل التعليق في ضمنها فصار المجموع سبب للوكالات المعلقة فهذا لا يحسن أن يخرج عليه مسألة الولاية المعلقة بل يبقى جواب محمد فيها وجواب أبي يوسف واحدا في انه لا يصح العزل ويفرق محمد بينهما اذا حصلت الوكالة على وجه التعليق ابتداء أو في ضمن وكالة منجزة وله وجه فانه كم من شيء ثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصداً فالتعليق ليس بسبب في الحال اذا كان على وجه القصد أما اذا حصل في ضمن المنجز فينبغي أن يكون سببا واستشهاده بمسألة الابراء عن الاجرة قبل استيفاء المنافع يشهد لهذا المحل الثاني وانه لحظ الوكالة المنجزة أولا من الاجارة اذا صحت صارت منافع الحادثة في الحال موجودة يقابلها شيء من الاجرة قطعا فكانت كالوكالة المنجزة والمنافع التي لم تجيء بعد بمنزلة الوكالة المعلقة وقد ثبت لنا جواب الابراء عن مجموع الاجرة وان لم يجب الكل بعد فكذا هنا وهذا قوي وتفقه حسن والله أعلم

مسألة

الحبس في الديون وغيرها من الحقوق الشرعية وبيان وقت الحبس وسماع

البينة بالعسرة وهل يكون القول قول المدعي ان المدعى عليه غني أو قول المدعى عليه انه فقير ؟ وهل تقبل البينة بالافلاس قبل الحبس ؟ وبيان مدة الحبس وبيان مايحبس فيه من الديون الشرعية وتحرير كلام الاصحاب في ذلك كله

ذكر في الهداية قال : واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه وهذا اذا ثبت الحق باقراره أما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت قال ابن حبسه في دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو القرض سعيد كالمهر والكفالة والمراد بالمهر معجله دون مؤجله ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا أن يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات غناه ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الاصل هو العسرة ، ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول قول المعتق والمسألتان تؤيدان القولين الأخيرين والتخريج على ماقال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة ضمان الاعتاق. ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما اذا كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة أشهر الى ستة أشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف أحوال الاشخاص فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة. ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ. قال في الكتاب خلى سبيله ولايحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر . ويحبس الرجل في نفقة زوجته ولا يحبس والد في دين ولده لأنه نوع عقوبة ولا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه، وذكر ما وعد به في كتاب الحجر فقال في كتاب الحجر وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي

حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وكذا اذا أقام البينة فلا منازعة يخلى سبيله . ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر . وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة أن له مالا لأن القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لأن مال الله غاد ورائح . وقوله (الا أن يقيموا البينة أن له مالا) اشارة الى أن بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار، ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار للطالب الا اذا علم القاضي أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بألا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه هذه عبارة الهداية في موضعين.

وذكر في فتاوى قاضيخان قال اذا توجه الحبس على المديون فان القاضي لا يسأل المديون ولا يسأل المدعي هل له مال في ظاهر الرواية فان سأل المديون من القاضي أن يسأل صاحب الدين أله مال سأله القاضي بالاجماع فان قال الطالب هو موسر قادر على القضاء وقال المديون أنا معسر تكلموا فيه قال بعضهم القول قول المديون انه معسر وقال بعضهم ان كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعي اليسار وهو مروي عن أبي حنيفة وعليه الفتوى وان لم يكن الدين بدلا عما هو مال كان القول قول المديون. والذي يؤيد هذا القول مسألتان احداهما أحد الشريكين اذا أعتق العبد المشترك وادعى أنه معسر كان القول قوله فيه لان الضمان وجب بدلا عما ليس بمال والاصل في الآدمي العسرة والثانية اذا طلبت نفقة الموسرين والزوج يدعي العسرة كان القول قول الزوج وقال بعضهم كل ما وجب بعقد لا يقبل قول المديون انه معسر وان لم يكن ذلك بدلا عما هو مال، والمديون اذا أقام البينة على الافلاس قبل الحبس فيه روايتان قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل الصحيح انها تقبل قال رحمه الله وينبغي أن يكون مفوضا الى القاضي ان علم القاضي انه وقح لا تقبل بينته قبل الحبس وان علم انه لين تقبل بينته، ولو أقام المديون بينة على الاعسار وصاحب الحق يدعي على

اليسار كانت بينة صاحب الحق أولى فإن شهدوا أنه موسر قادر على أداء الدين جاز ذلك وكفى ولا يشترط تعيين عين المال . وإن أقام المديون بينة على الاعسار بعد الحبس فى الروايات الظاهرة أنها لا تقبل إلا بعد مضى المدة واختلفت الروايات فى تلك المدة روى محمد عن أبى حنيفة أنه مقدر بشهرين أو ثلاثة وروى الحسن عن أبى حنيفة أنها من أربعة أشهر الى ستة أشهر وعن أبى جعفر الطحاوى أنها مقدرة بشهر قال الحلوانى هذا أوفق الأقاويل وقال بعضهم إن كان المحبوس رجلا لينا كصاحب عيال شكا عياله الى القاضى لأجل النفقة يأخذ بقول الطحاوى وإن كان وقحا يعرف القاضى تمرده يحبسه ستة أشهر فالحاصل أنه مفوض الى القاضى إن وقع عند القاضى بعد مضى ستة أشهر أنه متمرد يديم حبسه وإن وقع عنده قبل تمام شهر واحد أنه عاجز أطلقه وهذا إذا كان أمره مشكلا أما إذا كان فقره ظاهرا سأل القاضى عنه عاجلا وقبل البينة على الافلاس وخلى سبيله بحضرة خصمه وإنما يسأل عن عسرته من جيرانه وأصدقائه وأهل سوقه من الثقات دون الفساق فإذا قالوا لا نعرف له مالا كفى ولا يشترط فى هذه لفظ الشهادة . وبعد ما خلى سبيله هل لصاحب الدين أن يلازمه ؟ اختلفوا فيه والصحيح أن له أن يلازمه وأحسن الأقاويل فى الملازمة ما روى عن محمد أنه قال يلازمه فى قيامه وقعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولا من الغداء والعشاء ولا من الوضوء والخلاء وله أن يلازمه بنفسه وبأخيه وولده ومن أحب . فإن قال المديون لا أحبس مع غلامك وأحبس معك قال بعضهم كان له ذلك وقيل هذا قول أبى حنيفة أما على قولهما ليس للمديون ذلك وجعلوا هذه المسألة فرع لمسألة التوكيل فى الخصومة من غير رضا الخصم على قول أبى حنيفة والصحيح فى الملازمة الرأى فيه الى صاحب الدين لا الى المديون إن شاء لازمه بنفسه وإن شاء بعبيده لأن المقصود حصول الدين فملازمة الغير حتى أن يكون أقرب الى ذلك

مسألة : إذا قال المدعى عليه أنا فقير وقال المدعى هو غنى موسر فالقول لمن يكون منهما؟ وتحرير كلام الأصحاب فى ذلك

قال في الهداية : انه اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه وهذا اذا ثبت الحق بالاقرار لأنه لم يعرف كونه مماطلا أما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور مطله قال امتنع حبسه في كل دين الزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على أدائه . والمراد بالمهر المعجل دون المؤجل ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال انى فقير الا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه لأنه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعى اثبات غناه ، ويروى ان القول قول من عليه في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ويروى أن القول له الا فيما بدله مال قال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين الاخيرين ، والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة ضمان الاعتاق ، ثم فيما كان القول قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه هذه عبارته . وذكر في المحيط : وأما بيان متى يحبسه ؟ فانما يحبس اذا عرف القاضي يساره من قبل أنه وجب الدين بدلا عما هو مال كثمن متاع أو مثل قرض حتى ثبت يساره بما دخل في ملكه وزواله محتمل فحينئذ يحبسه لأنه موسر يمتنع عن ايفاء ما عليه . وان اختلفا وزعم الطالب أنه موسر وزعم المطلوب أنه معسر ذكر الخصاف في أدب القاضي القول قول المطلوب لأن العسرة أصل في بني آدم فالمديون متمسك بالاصل والطالب يدعي أمرا عارضا فيكون القول قول المطلوب . وذكر في المبسوط القول قول الطالب لأنه متمسك بما هو ثابت في الاصل باتفاقهما وهو اليسار ومتى عرف يساره من قبل أنه وجب الدين بدلا عما هو مال والمطلوب يدعي أمرا حادثا وهو هلاك المال فيكون القول لمن تمسك بالاصل ، وأما اذا وجب الدين بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع وغيرهما فقال المطلوب أنا معسر وقال الطالب هو

موسر فالقول قول المطلوب فى ظاهر الرواية فامد كر فى النكاح لو اختلف الزوجان فقال أنا معسر وعلىّ نفقة المعسرين وقالت المرأة بل أنت موسر وعليك نفقة الموسرين فالقول قول الزوج. ونص فى العتاق عبد بين شريكين اعتقه أحدهما وقال المعتق انا معسر لا سبيل لك على وقال الساكت انك موسر ولى أن أضمنك فالقول قول المعتق. وذكر فى كتاب الكفالة اذا مات المحتال عليه فقال الطالب مات مفلسا وعاد الدين اليك وقال المحيل مات موسرا فالقول قول الطالب وروى عن أبى حنيفة رحمه الله القول قول الطالب الا فى دعوى الاعسار وبه تأخر المطالبة الى وقت اليسار بمنزلة دعوى الأجل. ولو ادعى المطلوب أجلا فى هذه الديون وانكر الطالب فالقول قول الطالب هكذا هذا. وجه ظاهر الرواية أن المطلوب متمسك بالاصل وهو الافلاس فانه أصل فى بنى آدم والغنى عارض فكان الطالب مدعيا أمرا عارضا والمطلوب متمسكا بالاصل فيكون القول قوله بخلاف دعوى الاجل لأن الأجل لا يثبت الا بالشرط والشرط أمر عارض فكان مدعى الأجل مدعيا أمرا عارضا ودعوى الاعسار وان كانت بمعنى دعوى الاجل الا أنه تضمن غير شرط فكان بمنزلة دعوى الاجل فى الكفالة لما كانت تثبت فى حق الكفيل من غير شرط كان القول قول مدعى الاجل هكذا هذا هذه عبارة المحيط. وذكر قاضيخان فى الدعوى ما صورته فان قال الطالب هو موسر قادر على القضاء وقال المديون أنا معسر تكلموا فيه قال بعضهم القول قول المديون انه معسر وقال بعضهم ان كان الدين واجبا بدلا عما هو مال كالقرض وثمن المبيع فالقول قول مدعى اليسار يروى ذلك عن أبى حنيفة وعليه الفتوى لأن قدرته كانت ثابتة بالمبدل فلا يقبل قوله فى زوال تلك القدرة وان لم يكن الدين بدلا عما هو مال كان القول قول المديون والذى يؤيد هذا القول مسألتان احداهما أحد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وادعى انه معسر كان القول قوله لأن الضمان وجب بدلا عما ليس بمال والاصل فى الآدمى هو العسرة. والثانية المرأة اذا طلبت نفقة الموسرين والزوج يدعى العسرة كان القول قول الزوج، وقال بعضهم كل ما وجب بعقد لا يقبل قول المديون

انه معسر وان لم يكن ذلك بدلا عما هو مال تم كلامه . وذكر في المبسوط وادب القاضي للخصاف وان طلب المديون من القاضي أن يسأل المدعي هل له مال يسأله بالاجماع فان سأل المديون وسأل القاضي من المدعي وزعم المدعي انه موسر وزعم المديون انه معسر يجعل القول قول المديون لأن العسرة في بني آدم أصل فالمديون متمسك بالاصل وصاحب الدين يدعي أمرا عارضا فيكون القول قول المديون . وقال بعضهم ان كان الدين بدلا عن مال كثمن متاع أو بدل قرض يكون القول قول المدعي وان كان الدين وجب بدلا عما ليس بمال يكون القول قول المدعى عليه لأنه اذا وجب بدلا عما هو مال فقد عرف قدرته على قضاء الدين بما دخل في ملكه وزوال ذلك محتمل واذا وجب بدلا عما ليس بمال لا يعرف قدرته على قضاء الدين فبقي متمسكا بالاصل أنه معسر والذي يؤيد هذا الاصل مسألتان احداهما نص في كتاب النكاح أن المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين يجعل القول قول الزوج لأن السبب الذي به وجبت النفقة دينا في ذمته لم يدخل في ملكه شيء يصير به قادرا على قضاء الدين فبقي متمسكا بالاصل والثانية نص في كتاب العتاق أن أحد الشريكين اذا أعتق العبد المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله لأن هذا الضمان وجب بسبب لم يدخل في ملكه بذلك السبب شيء ، ثم صاحب الكتاب نسب هذا القول الى أبي حنيفة وأبي يوسف والقاضي المنتخب الى اسبيجاب نسبه الى الفقيه أبي جعفر الهندواني ، وقال بعضهم ان كان الدين لزمه بمباشرة العقد يكون القول قول المدعي وان كان الدين لزمه حكما لا بمباشرة عقد فالقول قول المديون لأن الظاهر من حال الانسان أنه لا يشرع في أمر لا يقدر عليه ولا يلتزم مالا لا وفاء له به وهذا القول يوجب التسوية بينهما اذا ثبت ذلك بدلا عما هو مال أولم يثبت بدلا عما هو مال وفرق هذا القائل بين مسألة النفقة وبين العتق وبين غيرهما وقال ذلك ليس بدين بل هو نفقة فان النفقة تسقط بالموت وضمان العتق كذلك على قول أبي حنيفة ونسب الشيخ شمس الأئمة السرخسي هذا القول الى الفقيه أبي جعفر الهندواني وقال

بعضهم يحكم فيه الزي إن كان عليه زي الفقراء فالقول قول المديون وإن كان عليه زي الأغنياء فالقول قول المدعي لأن ذلك علامة الأغنياء إلا في العلوية والفقهاء . ونسب الشيخ الإمام شمس الأئمة أبو محمد عبد العزيز بن أحمد الحلواني هذا القول إلى الفقيه أبي جعفر الهندواني فعلى هذا القول إن كان على المديون زي الفقراء وقد ادعى المدعي أنه غير زيه وأنه كان عليه زي الأغنياء قبل أن يحضر مجلس القاضي فإن القاضي يسأله البينة فإن أقام البينة على ذلك سمع القاضي وجعل القول قوله وإن لم يمكنه الإقامة يحكم زيه في الحال ويجعل القول قول المديون . وذكر في الكافي شرح الوافي : وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه فإن أبى حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالثمن والقرض أو التزمه كالمهر المعجل والكفالة لثبوت أمارة غناه في هذين الموضعين . أما في الأول فلأنه قد ظهرت قدرته بما دخل في ملكه وزواله محتمل وأما في الثاني فلأن التزامه باختياره دليل يساره إذ الظاهر أنه لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه . وأما إذا طلبت المرأة المؤجل من المهر بعد ما دخل بها فالقول قول الزوج في عسرته لأنه لا دلالة هنا على القدرة ولا يحبسه في غير ذلك إن ادعى الفقر إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه بما رأى لأنه لم يوجد أمارة غناه والأصل في الآدمي العسرة فيكون القول لمن عليه وعلى المدعي إثبات غناه . وذكر الخصاف أن القول للمديون في جميع ذلك لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة ووجوب الدين يعني أمر عارض ، وقيل إن كان الدين وجب بدلا عما هو مال فالقول للمدعي فيه وإن كان الدين بدلا عما ليس بمال فالقول للمدعى عليه ومما يؤيد هذه القول مسألتان وذكر المسألتين بعده عبارته . وذكر الشيخ حسام الدين السغناقي في شرح الهداية ما صورته : قال قوله (فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده) إلى آخره . اعلم أن هنا اختلاف المشايخ على أقوال خمسة بيان ذلك ما ذكره في الذخيرة في الفصل التاسع من أدب القاضي وما ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي من باب الحبس . وإذا جاء رجل

برجل الى القاضي وثبت عليه ماله ببينة أو أقر الرجل به وقال المدعي انه موسر وطلب من القاضي أن يحبسه وقال المطلوب لا بل أنا معسر فقد اختلفت الروايات فيه ، قال الخصاف وهو رواية عن أصحابنا ان القول قول المديون لأنه متمسك بالأصل لأن الفقر أصل في بني آدم فانه يولد ولا مال له وصاحب الدين يدعي أمرا عارضا والتمسك بالأصل واجب حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع اليمين ، واختيار أبي عبد الله البلخي وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن كل دين أصله مال كثمن البياعات والقروض فالقول قول المدعي لأنه عرف دخوله في ملكه وزوال ذلك عن ملكه محتمل فكان القول فيه للمدعي ، وكل دين لم يكن أصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لأنه لم يدخل شيء في ملكه ولم يعرف قدرته على قضاء الدين فبقي متمسكا بالأصل وهو العسرة فيكون القول قوله ، وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه انه معسر كما في نفقة المحارم وما أشبه ذلك وما سوى ذلك فالقول قول المدعي ، وقال بعضهم كل دين لزمه بمعاقدة فالقول قول المدعي وكل دين لزمه حكما لا بمباشرته العقد فالقول قول المديون لأن الظاهر من حال الانسان ألا يشرع في أمر لا يقدر عليه ولا يلتزم مالا لا وفاء له به وهذا القول يوجب التسوية بينهما اذا ثبت ذلك بدلا عما هو مال أو لم يكن بدلا عما هو مال وفرق هذا القائل بين مسألة النفقة وبين مسألة العتق وبين غيرهما وقال ذلك ليس بدين على الحقيقة بل ذلك صلة حتى سقطت النفقات بالموت وكذلك ضمان العتق صلة على قول أبي حنيفة وقال الفقيه البلخي وهو القول الخامس يحكم الزي والهيئة ان كان عليه زي الفقراء كان القول قول المديون وان كان عليه زي الاغنياء كان القول قول المدعي في أنه موسر الا في أهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون في اللباس مع حاجاتهم حتى لا يذهب ماء وجوههم فلا يكون الزي فيهم دليلا على اليسار ، وتحكيم الزي معهود في الشرع حتى حكم بالزي في باب الزكاة في جواز الصرف الى من رأى عليه زي الفقراء فان ادعى الطالب أنه قد كان عليه زي الاغنياء ولكن غير زيه

حتى حضر مجلس القاضي ظن القاضي بسائه عن البينة فإن أقام البينة يسمع منه وكان القول قوله وان لم تقم بينة يحكم به في الحال فيكون القول قول المديون والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته على تسليم المعجل فبعد ذلك لا تسمع دعواه أنه لا يقدر على تسليم المعجل وقد ذكر الامام التمرتاشي وذكر في النكاح بجنس في المهر . وذكر الزوزني أنه أراد به المعجل لأن العادة في النكاح ألا يقدم عليه من لا وفاء عنده بالمعجل وقوله ولا يحبسه فيما سوى ذلك كضمان المغصوب وأرش الجناية وقوله لأنه لو لم يوجد دلالة اليسار متصل بالمستثنى وهو قوله ولا يحبسه فيما سوى ذلك ، ثم هينا ذكر قول من يقبل قوله من رب الدين والمديون في موضعين وذكر أيضا قبول بينة المدعي اذا أقام بينة على أن للمديون مالا بقوله (الا أن يثبت غريمه أن له مالا) وفي الوجه الثالث وهو ما اذا أقاما البينة على ما ادعياه من رب الدين على اليسرة والمديون على العسرة فبينة من تقبل ؟ ذكر في الذخيرة بينة رب الدين أولى وروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك ويدخل تحته ثمن المبيع والقرض وغيرهما هذه عبارته. وذكر تاج الشريعة في حاشيته على الهداية ما صورته قوله فيما سوى ذلك مثل ضمان المغصوب وأرش الجناية وبدل الكتابة وضمان اعتاق العبد المشترك ونفقة الزوجات . وذكر الشيخ حميد الدين الضرير في حاشيته على الهداية ما صورته : المراد بالمهر معجله لأن العادة جرت بتسليم المعجل فلا يقبل قوله انه فقير وأما في المؤجل القول قول المدعى عليه لأن الأصل العسرة وقوله (فيما سوى ذلك) وهو ما سوى المذكور وهو مثل عوض الغصب وأرش الجناية وقوله (القول لمن عليه في جميع ذلك) أي المهر وبدل المبيع وفي سائر الصور القول لمن عليه في رواية وفي رواية القول قوله أي المديون الا فيما بدله مال كثمن المبيع فما يكون بدله مالا القول للدائن لا المديون . وقال أيضا وانما جعلنا القول قول من عليه في النفقة وفي الدين الواجب بالعقد القول لرب الدين لان الدين مطلق والنفقة ليست بدين مطلق لأنها صلة وكذا ضمان الاعتاق صلة عند أبي حنيفة بدليل سقوطه

بالموت وإذا لم يكون دينا مطلقا فقلنا القول قول من عليه . وذكر في الاختيار شرح المختار : وإن قال المدعى هو موسر وهو يقول أنا معسر فإن كان القاضي يعرف يساره أو كان الدين بدل مال كالثمن والقرض أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة وبدل الخلع ونحوه حبسه لأن الظاهر بقاء ما حصل في يده والتزامه يدل على القدرة ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا ادعى الفقر لأنه الأصل وذلك مثل ضمان المتلفات وأروش الجنايات ونفقة الأقارب والزوجات وإعتاق العبد المشترك إلا أن تقوم البينة أن له مالا فيحبسه لأنه ظالم تم كلامه. وذكر في شرح الهداية للكاكي قال قوله (بدلا عن مال حصل في يده الى آخره) وفي الذخيرة وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد: لو قال المديون بعد ثبوت الدين أنا معسر وقال المدعى هو موسر ولا بينة له له فالقول للمديون مع يمينه وهو رواية أصحابنا واختيار الخصاف وبه قال الشافعي في وجه وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أن كل دين أصله مال كثمن المبيع والقرض فالقول قول المدعي وبه قال الشافعي في وجه فالمديون يحتاج الى البينة لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزوال ذلك محتمل فالظاهر قول المدعى وكل دين لا يقابله مال كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول للمديون لأنه لم يدخل شيء في ملكه فبقي متمسكا بالأصل اليه أشار محمد في كتاب النكاح في مسألة ادعاء المرأة نفقة الموسرين وزعم الزوج أنه معسر فجعل القول للزوج . وقوله والمراد بالمهر الى آخره وذكر ما قاله السغناقي بعبارته تم كلامه. وذكر في اختلاف الفقهاء للطحاوي ما صورته . وسمعت ابن أبي عمران كان متأخرو أصحابنا منهم ابن شجاع يقول كل دين كان أصله من مال وقع في يد المديون كأثمان البياعات والقروض ونحوها حبسه وما لم يكن أصله من مال وقع في يده مثل المهر والخلع والصلح عن دم العمد ونحوه لم يحبسه حتى يثبت وجوده وملاءته . وذكر في المنافع قال والمراد بالمهر معجله ولا يحبسه فيما سوى ذلك كبدل المغصوب والمتلف وأروش الجنايات فإن أمارة الغنى وجدت في هاتين الصورتين لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ الظاهر أنه لا يلتزمه

الا ما يقدر على أدائه ولم يوجد في غيرها امارة الغنى والأصل في بني آدم العسرة فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه تم كلامه . وذكر في متن البحر المحيط : فان قال المدعي انه موسر وقال المديون أنا معسر فقد اختلفت الروايات فيه واختلف المشايخ فيه أيضا فاختار الخصاف وهو رواية عن أصحابنا أن القول قول المديون مع اليمين واختيار أبي عبد الله البلخي وهذا روي في بعض الروايات عن أبي حنيفة وأبي يوسف ان كل دين أصله مال كثمن البياعات والقروض فالقول قول المدعي في يساره وعسرته وكل دين لم يكن أصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه ، وذكر في الفتاوى الكبرى للخاصي : وان زعم رب الدين أنه موسر وزعم المديون انه معسر قال الخصاف القول قول المديون وقال بعضهم ان كان الدين وجب بدلا عما ليس بمال والجواب كذلك وان كان بدلا عما هو مال فالقول قول الدائن . ونسب الخصاف هذا القول الى أبي حنيفة وأبي يوسف ونسبه الاسبيجابي الى الفقيه أبي جعفر ، وقال بعضهم ان لزمه الدين بعقد باشره فالقول قول الدائن وان لزمه حكما لا بمباشرة العقد فالقول قول المديون ونسب السرخسي هذا القول الى الفقيه أبي جعفر . قال القاضي فخر الدين الفتوى على انه ان كان الدين وجب بدلا عما هو مال فالقول قول مدعي اليسار وان وجب بدلا عما ليس بمال فان وجب بعقد باشره باختياره فكذلك لوجود دليل اليسار وهو المبادلة والتزام الدين باختياره والا فالقول قول مدعي الاعسار لانعدام دليل اليسار تم كلامه

قلت فتحرر لنا من هذه النقول كلها أن المذهب المفتى به أن القول فيما لزم المديون ببدل هو مال أو بعقد وتم باختياره قول المدعي لا قول المديون ولا يلتفت الى ماقاله الخصاف ولا يفتى به لأنه مدفوع بما ذكرناه من الدليل وبه نقل من الروايات فانا نقلنا أن هذا نقل عن أبي حنيفة وأبي يوسف وكفى بهما حجة في التقليد من غير ظهور الدليل فكيف يكون مع ظهور الدليل ، وحكى لي والدي تغمده الله برحمته أن الأذرعي لما ولي القضاء بدمشق وكانت ولايته سنة واحدة

كان يقبل قول المديون فى الكل ويقول الأصل هو الفقر وهذا خطأ منه ويعذر فانه ماكان يعرف المذهب ولا سلك طريق أهل المذهب فى اشتغاله حتى نقل أن أهل زمانه كانوا يسمونه الفقيه المغلوب فالحق ماقاله أبو حنيفة وأبو يوسف يعنى من جهة التفصيل كما تقدم نقله عنهما فليحفظ

تنبيه : ويتعين على القاضي اذا ادعى عنده رب الدين على المديون واعترف له به أو قامت به بينة والمديون يقول أنا فقير معسر أن القاضى لايعجل بحبسه بل يسأله عن سبب هذا الدين فان قال انه بدل غير مال وليس باختياره فقد يكون معسر لايحبسه ويطلقه وان قال انه موسر وطلب حبسه يحبسه وان قال المديون هو يعلم انى معسر واسأله عن ذلك فان القاضى يعيد عليه القول فان أجاب بالتصديق أطلقه وان أنكره فان قال المطلوب حلفه انه مايعلم أنى معسر يجيبه القاضى الى ذلك ويحلفه أنه مايعلم اعساره فان حلف حبسه فى دينه بطلبه الحبس وان نكل عن اليمين لايحبسه ويطلقه، وان قال المديون ان الدين لزمنى من غير عقد ولا بدل مال فيسأله الحاكم عن ماذا لزمك فان قال انه بدل الخلع أو بدل العتق فى جهة نصيب الشريك أو من جهة غصب مال متقوم لمدعي وقد تلف أو من جهة نفقة الزوجة أو نفقة الأقارب أومن جهة أرش جناية أو من جهة صلح عن دم عمد أو من جهة بدل الكتابة أو من جهة بقية مهر قد عجل بعضه قبل الدخول فان صدقه المدعى فى ذلك فالقول قول المديون مع يمينه فى الفقر والعسرة وان كذبه المدعى وقال أنه من جهة ثمن متاع فاعلم أن هذه الصورة ما ذكرها الاصحاب وينبغى أن يكون القول فيه قول المديون الا أن يقيم رب الدين البينة أن الدين ثمن متاع فيكون القول حينئذ قوله ويحبسه ، وقولهم (بدل الخلع) معناه القدر الذى وقع خلع الرجل امرأته عليه وهو اما أن يكون فى ذمة المرأة المختلعة أوفى ذمة أجنبى فاذا ادعى الزوج على امرأة أنها كانت اختلعت منه على شيء فى ذمتها أوعلى الاجنبي ان كان الخلع وقع على شيء فى ذمته واعترفت المرأة أو الاجنبى بذلك لكن قالت المرأة أنا فقيرة أو معسرة أو قال الاجنبي ذلك وقال الزوج لا بل هما غنيان فان القول فى ذلك قول

المرأة والأجنبي مع اليمين لا قول الزوج ، وأخطأ صاحب المختار في هذه الصورة في
نقل الحكم في خلعها نفسها بجملة من المتاع والعرض ونقل فيه أن القول قول رب
الدين لا قول المديون فلا يلتفت الى ما قاله وانما ذكرنا كلامه في هذه المسألة لأجل
أن ننبه الى هذا وأنه خطأ لا يعمل به . وقد علمنا مما تقدم من نقل متن البحر المحيط
واختلاف العلماء كالطحاوي والسغناقي والمحيط وشرح الهداية للأكمل ما يخالفه
ومن جهة المعنى فالخلع ليس بعقد عن مال لأن بضع المرأة ليس بمال قطعا ولا عقد
النكاح عقد مبادلة مال بمال بل هو مبادلة مال ببضع وفي المهر فصلوا فيه بين المعجل
والمؤجل وجعلوا أن في المؤجل القول قول الزوج في الأصح لا قول المرأة وإن كان
العقد إنما وقع على المجموع فكيف يكون بدل الخلع أقوى منه ، وقولهم (أو بدل العتق)
معناه أن العبد إذا كان بين شريكين فأعتقه أحدهما بغير إذن صاحبه واختار
الشريك الذي لم يعتق تضمين الذي أعتق وادعى عليه عند القاضي فاعترف
بالاعتاق أو قامت به بينة فادعى أنه فقير فقال الشريك الذي لم يعتق إنه غني فإن
القول في هذا قول الذي أعتق مع يمينه ولا يحبس إذا حلف ، قال في الهداية وفي
إعتاق العبد المشترك القول للمعتق بكسر التاء والعلة فيه كونه ليس بدين مطلق
حتى يسقط بالموت عند أبي حنيفة ، وعلل قاضيخان هذا بأن الضمان وجب بدلا
عما ليس بمال وفيه وفي تعليل الهداية نظر ، أما النظر الذي في كلام الهداية
فهو كونه يسقط بالموت عند أبي حنيفة وينبغي ألا يسقط قياسا على بقية الحقوق ،
وأما النظر الذي في تعليل قاضيخان فهو في قوله (إن الضمان هنا وجب بدلا عما
ليس بمال) وليس كذلك بل وجب بدلا عما كان يملكه شريكه في العبد وهو مال
بدليل جواز بيعه من أجنبي ومن الشريك وبدليل جواز اعتاقه ولا عتق إلا في
المملوك ، فإن أراد بالمال ما يتمول به أو ما فيه نمو بنفسه كأموال الزكاة فينتقض
عليه في الأموال التي لا زكاة فيها وإذا تلفت يضمن ولا يسقط الضمان فيها أصلا ،
وإن أراد ما هو أعم من ذلك فيشكل عليه ما قلناه من أن النصف من العبد المشترك
كان مملوكا للشريك ملكا صحيحا قابلا لبيعه ويتصرف فيه كل تصرفات المالكين .

وقولهم (أوضمان المغصوب) معناه اذا اعترف بالغصب وقال انه فقير وقال المغصوب منه انه موسر وتصادقا على الهلاك أو حبس لأجل العز بالهلاك فان القول قول الغاصب فى العسرة لاقول المغصوب منه هكذا ذكره السغناقى وتاج الشريعة وحميد الدين الضرير فيما نقلناه عنهم . وفيه نظر أيضا وينبغى ألا يكون القول قول الغاصب لأنه بدل مال حصل فى يده فيبقى كسائر الديون التى هى من أثمان البياعات أو القروض وكذا مسألة المتلفات ينبغى أن تكون مثل مسألة الغصب ويجاب بأنا انما قلنا فى أثمان البياعات والقروض بأن القول فيها قول المدعى لأن المدعى عليه اعترف بالغنى بدخول ذلك فى ملكه ويدعى أمرا حادثا وهو زواله وكان المدعى متمسكا بالأصل فيكون القول قوله ، ولا كذلك مسألة الغصب والمتلفات لأن المدعى عليه لم يعترف بيسار ولا ثبت غناه بدخول شىء فى ملكه بدلا عن مال لأن الغصب لا يحصل به الغنى ولا يحصل باتلاف المتلف فكان المدعى عليه متمسكا بالأصل وهو العسرة فيكون القول قوله وبهذا يجب أيضا من ضمان الاعتاق لأنه بمنزلة المتلفات لاغيره وما استشكلته من قول أبى حنيفة انه يسقط بالموت . ومسألة الغصب وقعت عندى فى يوم الجمعة حادى عشرين ذى الحجة سنة أربع وخمسين وسمائة ولم تقع عندى قبل ذلك من أول مباشرتى الحكم وأردت الحكم فيها على قول الغاصب كما قاله الأشياخ وذلك بعد تصادق المغصوب منه والغاصب على هلاك الاعيان المغصوبة وعلى القيمة المذكورة . وقولهم (ونفقة الزوجات والاقارب) معناه اذا اتفقت الزوجة مع الرجل كل يوم على نفقة وتراضيا عليها فمضت مدة بعد ذلك فادعت المرأة عليه عند القاضى وطالبته بذلك المتجمد من النفقة المفروضة وصدقها على ذلك وقال انى فقير وقالت هى بل هو موسر فالقول قول الزوج مع يمينه ولا يحبس اذا حلف أنه فقير معسر عن هذا المطلوب منه ، فان أقامت المرأة البينة بأنه موسر وطلبت حبسه حبسه ، ونفقات الاقارب يجب أن تكون صورتها أن القريب فرض على نفسه لقريبه فى كل يوم شيئا معلوما وأذن فى الاستدانة والانفاق والرجوع عليه فاستدان القريب المفروض له وأنفق ثم ادعى على القاضى بذلك

القدر المستدان عليه فقال الفارض أنا فقير وقال الدائن أو المفروض له هو موسر فالقول قول الفارض وكذا لو امتنع فرض عليه القاضي وأذن بالاستدانة واستدان وأنفق وادعى عليه فقال أنا فقير يجب أن يكون القول قوله . وكذا يجب أن يكون في نفقة زوجة اذا فرض القاضي بعد امتناع الزوج من الفرض . وانما قلت انما يجب أن يكون كذا لأني قلته على وجه التفقه فاني لم أر أحداً ذكر هذا التصوير ولا بسطه مثل ما بسطته . وقولهم (وأروش الجنايات) معناه اذا جنى عليه جناية وجب فيها المال وادعى على الجاني وصدقه على الجناية أو قامت البينة فادعى الجاني أنه فقير وقال المجني عليه انه موسر فالقول قول الجاني . وقولهم (أو صلح عن دم العمد) معناه أنه لو قتل مورثه عمدا فصالحه على مال فادعى أنه فقير يكون القول قول القاتل في ذلك لأنه ليس بدلا عن مال وما صرح بهذه الصورة أحد ممن نقلنا عنهم سوى الطحاوي في اختلاف الفقهاء وهو صحيح موافق للقواعد وداخل تحت قولهم بدلا عما ليس بمال . وقولهم (أو من جهة بدل الكتابة) هذه الصورة ما ذكرها أحد سوى تاج الشريعة ولا يحتاج اليها لأن المكاتب لا يحبس في بدل الكتابة لمولاه بالاتفاق وفي دين سوى بدل الكتابة فيه خلاف . والفتوى على أنه لا يحبس فيه أيضا . وقولهم (أو المهر المؤجل) معناه أن الرجل اذا تزوج امرأة على مهر مبلغه مثلا ألف درهم ولم يذكر أن منه شيئا مؤجلا فانه يكون حالا ثم ينظر الى البلدة التي هم فيها فان تعارفوا تعجيل كل الألف قبل الدخول فيكون للمرأة أن تمنع نفسها حتى تقبض كل الألف ويكون القول لها في قدرته على الألف بمجموعها ولا يسمع قوله انه معسر ، وان تعارفوا تعجيل البعض منها قبل الدخول كالثلث مثلا فطالبت بذلك المعجل عند القاضي فقال اني فقير لا يقبل منه والقول للمرأة ، وان دفع المعجل ثم دخل فطالبته ببقية المهر فقال أنا فقير وقالت هي هو موسر فالقول قول الزوج في هذه الصورة ، وهذا معنى قول صاحب الهداية (والمراد بالمهر معجله دون مؤجله) والشيخ حافظ الدين قيد المهر بالمعجل والشيخ حميد الدين أشار الى هذا القول لأن العرف ما جرى على تعجيل المؤجل

علمنا أن مرادهم المؤجل الذي من جهة العرف لا المؤجل الذي شرط في أصل الصداق بالتصريح وقت العقد . ومثل هذا قالوا في المرأة لها أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها من البلد ، وقال صاحب الهداية والمراد ما تعارفوا تعجيله ولو كان التأجيل نصا في البعض لايفترق الحكم لأنه اذا حل الأجل فطالبته وقال أنا مقبر كان القول قوله . فالحاصل أن التأجيل على قسمين تأجيل بطريق العرف وهو قولهم في الاصدقة (وتزوجها على ألف درهم حالة يعجل لها من ذلك قبل الدخول بها خمسمائة مثلا وبقي عليه بعد ذلك خمسمائة حالة) ففي هذه الصورة نقول اذا دفع اليها الخمسمائة التي قبل الدخول ثم دخل فطالبته بالخمسمائة الأخرى وقال أنا مقبر يكون القول قوله : وتأجيل بطريق التنصيص على الأجل كما اذا تزوجها على ألف درهم منها خمسمائة حالة والباقي مؤجل الى سنة مثلا وقال في الصداق يعجل لها قبل الدخول بها الخمسمائة الحالة فدخل بعدما قبضت الحال ثم ادعت عليه بالخمسمائة المؤجلة الى سنة يكون القول قوله فيهما فلا فرق بين التأجيل الذي من طريق العرف أو من طريق التنصيص فلو كان المهر كله حالا ولم يشترط تعجيل شيء منه هل يكون كله بمنزلة المعجل بمعنى أن القول قولها في يسرته أم لا ؟ الظاهر أنه ينبغي أن ينظر الى المرأة والى هذا المهر وكم يكون المتعارف تعجيله منه لهذه المرأة فاذا ثبت ذلك يكون ما يحكم العرف بتعجيله القول فيه قول المرأة وماعدا ذلك القول فيه قول الزوج قياسا على ماقالوا في منع نفسها حتى تأخذ مهرها ان لم يبينوا قدر المعجل منه أنه ينظر الى المرأة كما قلنا ويجعل المعروف كالمشروط ولا يقال ان اقدامه على النكاح على هذا الوجه دليل قدرته على المجموع فلا يكون القول فيه قوله لأنا نقول نحن انما نقضي بهذا في بلد قد جرت العادة فيها بتعجيل البعض قبل الدخول أما في بلدة جرت العادة فيها بتعجيل الكل فلا وقد نبهنا عليه فاذا جرى العرف بتعجيل البعض وسكت عن ذكره في الصداق كان بمنزلة اشتراطه لأن للزوج أن يقول لما علمت أن العرف قد جرى بهذا سكت عن أن أشترط شيئا معينا وهو كلام معتبر والظاهر يصدقه ويجب

قبله كما لو تبايعا ثوبا فى السوق وعرفهم فى بيع مثل ذلك أنه يؤخذ مقسطا فى دفعات وأطلقوا البيع من غير ذكر ذلك الاجل فان الحكم أنه يعتبر عرف ذلك السوق وهذا كله يؤخذ من قولهم (المعروف كالمشروط) وهذه الصورة واقعة بخلاف ماتقدم من الصور فيجب الاعتناء بحفظها والاصغاء اليها :

فالحاصل أن جملة الصور المعدودة عشر وهى التى يكون القول قول المديون فيها انه فقير وهى التى تفهم من قول صاحب الهداية (ولا يحبسه فيما سوى ذلك) أى فى هذه الصور المعدودة وهى بدل الخلع وبدل عتق نصيب الشريك وبدل المغصوب ونفقة الزوجات ونفقة الأقرب وأروش الجنايات وبدل دم العمد والمؤجل من المهر بعد الدخول وبدل المتلفات والله سبحانه وتعالى أعلم ، وينبغى أن يدخل فى هذه الصور بدل الكتابة لما قلنا وقد نظمت هذه الصور فى أربعة أبيات فى كتاب الفوائد المنظومة وهى هذه

القول بالاعسار قالوا يقبل ممن عليه الحق من فاتقلوا
فى بدل الخلع كذاك النفقه لهما وللمال مخبر تفرقه
ضمان اعتاق وأرش فاعرف والصلح عن عمد ضمان المتلف
مؤجل المهر ورد كتابه ونحوها وقت للاصابه

مسألة

ذكر قدر مدة الحبس فى الحقوق الشرعية وسماع البينة بالاعسار وهل يشترط لسماعها حضور المدعى أم لا ؟ وهل يجوز سماعها قبل الحبس أم لا ؟ وتحرير الكلام فى ذلك كله :

ذكر فى الهداية : ثم فيما كان القول قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول فيه قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه ، فالحبس لظهور ظلمه فى الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلابد أن تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة الى ستة اشهر والصحيح أن التقدير مفوض الى رأى القاضى لاختلاف أحوال الاشخاص

فيه فان لم يظهر له مال يخلى سبيله يعنى بعد مضى المدة لأنه مستحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما، ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل فى رواية ولاتقبل فى رواية وعلى الثانية عامة المشايخ . وفى الجامع الصغير رجل أقر عند القاضى بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا أقر عند غير القاضى أو عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس أولا ومدته قد بيناه فلانعيده · وذكر فى الكافى شرح الوافى مثله وزاد : ولو قامت البينة على افلاسه قبل حبسه لاتقبل عند الجمهور وقيل تقبل وان أقام المحبوس بينة على عسرته وأقام رب الدين بينة على يساره فبينة اليسار أولى لأنها أثبتت أمرا عارضا . وذكر فى الخلاصة فى الفتاوى اذا حبسه شهرين أوثلاثة سأل عن حاله وأما قبل الحبس فيه روايتان فى رواية يسأل وتقبل البينة على الافلاس قبل الحبس وهو اختيار الامام الفضلى وفى رواية لاتقبل البينة قبل الحبس وهو اختيار عامة المشايخ . واختلفت الروايات فى المدة التى يجوز للقاضى أن يسأل فيها فى رواية شهرين أو ثلاثة وفى رواية الطحاوى ستة اشهر وفى رواية الحسن أربعة والصحيح أنه مفوض الى رأى القاضى وانما يسأل الثقات والواحد يكفى ولايشترط لفظ الشهادة هكذا فى الاقضية وفى الفتاوى الصغرى يشترط فان أقام المديون البينة على الافلاس وأقام الطالب البينة على اليسار فبينة الطالب أولى ولاحاجة الى بيان ماثبت به اليسار ، وفى بينة الافلاس لايشترط حضرة المدعى . وذكر فى فتاوى قاضيخان : اذا أقام البينة على الافلاس قبل الحبس فيه روايتان قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل البخارى الصحيح انها تقبل قال رحمه الله وينبغى أن يكون مفوضا الى رأى القاضى ان علم القاضى أنه موسر لايقبل بينته قبل الحبس وان علم أنه ليس بموسر قبل بينته ولو أقام المديون البينة على الاعسار وصاحب الدين على اليسار كانت بينة اليسار أولى فان شهدوا أنه موسر قادر على أداء الدين جاز ذلك وكفى ولايشترط تعيين المال وان أقام المديون بينة على الاعسار بعد الحبس فى الرواية الظاهرة لاتقبل البينة الا بعد مضى مدة واختلفت الروايات فى تلك المدة

روى محمد عن أبي حنيفة أنه مقدر بشهرين أو ثلاثة وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها من أربعة أشهر الى ستة أشهر وعن أبي جعفر الطحاوى انها مقدرة بشهر قال شمس الأئمة الحلوانى وهذا أوفق الأقاويل وقال بعضهم إن كان المحبوس رجلا لينا كصاحب عيال شكاه عياله فان القاضى يأخذ بقول الطحاوى وان كان وقحا يعرف القاضى تمرده يحبسه ستة أشهر ، والحاصل أنه مفوض الى رأى القاضى ان وقع عند القاضى بعد مضى ستة أشهر أنه متمرد يديم حبسه وان وقع عنده قبل تمام شهر واحد أنه عاجز أطلقه وهذا اذا كان أمره مشكلا . أما اذا كان فقره ظاهراً يسأل القاضي عنه عاجلا ويقبل البينة على الافلاس ويخلى سبيله بحضرة خصمه، واذا يسأل عن عسرته من جيرانه واصدقائه وأهل سوقه من الثقات دون الفساق فاذا قالوا لا نعرف له مالا كفى ذلك ولا يشترط فى هذا لفظ الشهادة . وبعد ما خلى سبيله هل لصاحب الدين أن يلازمه ؟ اختلفوا فيه والصحيح أن له أن يلازمه. وذكر فى أدب القاضى للخصاف قال : واذا قدم رجل رجلا الى القاضى فثبت عليه له مال اما باقرار أو بينة فالقاضى لا يحبسه ما لم يطلب المدعى حبسه عندنا وقال شريح يحبسه ، واختلفوا فى تقدير مدة الحبس والصحيح أن هذا ليس بتقدير لازم بل هو مفوض الى رأى القاضى فان أقام بينة على الاعسار قبل الحبس هل تقبل ؟ قال بعضهم فى احدى الروايتين تقبل وبه كان يفتى الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل وكان يقول له رواية فى كتاب الكفالة . وفى رواية لا تقبل نص عليه صاحب الكتاب فى آخر الباب وبه كان يفتى عامة المشايخ وهو الصحيح فان أحضر المدعى عليه بينة بعد الحبس قبل هذا الوقت الذى ذكرنا بالعدم فشهدوا بعد ذلك عند القاضى قال صاحب الكتاب قبل القاضى ذلك وأخرجه من الحبس وعلمه وهذا لا يشكل على احدى الروايتين أما على الرواية الاخرى فمشكل ، قال مشايخنا هذا اذا لم يكن حال الرجل مشكلا اما اذا كان لا يقبل قبل مضى تلك المدة فاذا مضت تلك المدة واحتاج القاضى الى معرفة حاله رجع الى من له معرفة به وعلم بحاله وأعلم الناس بحاله جيرانه وأهل مجلسه فيسأل الثقات من جيرانه واصدقائه لا من الفساق يكذبون فان قال هؤلاء انا لا نعرف له مالا اطلقه القاضى وأخرجه من الحبس ، ولو

أن رجلا حبس غريمه بماله ثم غاب فسأل القاضي عن المحبوس فوجده معدما قال يأخذ منه كفيلا ويخلي سبيله يريد به اذا مضت المدة وسأل القاضي عن حاله فوجده مفلسا ، اما يخلي سبيله لأنه وجب تعجيل الطالب ويخلي نفسه ويريد به أن يطول حبسه فيتضرر ، واما أن يأخذ منه كفيلا لأنه لو كان المدعي حاضرا كان له حق الملازمة بعد ما خلى القاضي سبيله نظرا للمدعي فان كان غائبا يأخذ منه كفيلا أيضا نظرا للمدعي وذكر في القنية نقلا عن (ط) اذا قامت البينة على افلاس المحبوس لا يشترط لسماعها حضور رب الدين لكنه ان كان حاضرا أو وكيله فالقاضي يطلقه بحضرته وان لم يكن حاضرا يطلقه بكفيل وذكر قبل ذلك مسألة : فان غاب رب الدين وظهر اعسار مديونه أخذ منه كفيلا وخلاه أطلقه أبو يوسف في رواية ابن سماعة . وفي أدب القاضي فان غاب ومضت مدة الافلاس واقام المحبوس بينة على افلاسه وسأل القاضي عنه فوجده مفلسا خلاه بكفيل ولا ينتظر حضور الخصم ، وسئل (مج) اذا لم يجد المحبوس كفيلا هل يخلى سبيله فقال لا بد من الكفيل .

قلت فتحرر لنا من هذا كله أن مدة الحبس اختلفت الروايات في تقديرها فروى محمد عن أبي حنيفة أنها مقدرة بشهرين أو ثلاثة وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انها مقدرة من أربعة أشهر الى ستة أشهر وروى عن الطحاوي انها مقدرة بشهر واحد ، واتفق الاصحاب أن الصحيح من ذلك أنه مفوض الى رأي القاضي كما قدمناه من النقل عنهم ، ومعنى هذا التفويض أنه اذا تبين للقاضي أنه معسر غير متمرد يخرجه وان كانت مدة الحبس دون الشهر وان وقع عند القاضي من العلم أنه متمرد وقصده في تطويل الحبس ستة أشهر لا يخرجه وهذا معنى قول صاحب الهداية لاختلاف أحوال الاشخاص فيه ، وطريق معرفة القاضي الحال فيه أن يسأل من جيرانه وأصدقائه وعن حاله وماليته فان أخبره واحد منهم غير فاسق أنه معسر خلى سبيله هذا ما نص عليه في الخلاصة كما تقدم من قوله (انما يسأل عن الثقات والواحد يكفي) فاستفدنا من هذه العبارة ومن قول قاضيخان (دون الفاسق) أن المستور يكفي في هذا لأن نفي مقابله الفاسق المستور والعدل ، وهذا ليست شهادة لأنهم نصوا على أنه لا يشترط فيها لفظ الشهادة والعدد المعتبرة فيما هو من باب الشهادة

أو فيا هو من أخبار الديانات وهذا ليس من باب الشهادة ولا من أخبار الديانات فلا يشترط العدالة أيضا . ويؤيد هذا ما قاله شيخ الاسلام وصورته قال : هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ماحبسه لاحتياط وليس بواجب لأن الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي ألا يسأل ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط انتهى كلامه . فقوله (هذا ليس بواجب وهذا ليس بحجة وأن للقاضي ألا يسأل) يؤيد قولنا أنه لا اشتراط العدالة في هذا الواحد لأن اشتراط العدالة انما يكون في اقامة أمر واجب أو في اثبات حجة شرعية أو فيما يفتقر اليه أما اذا لم يكن واحد من هذه الأحكام فلا فائدة لاشتراط العدالة من القاضي ألا يسأل احدا أصلا وينفرد بالافراج عنه برأيه فاشتراط العدالة اذا لا فائدة فيه ، وكذا قول هذا الواحد ليس بحجة وما ليس بحجة لا يشترط فيه العدالة لأنه اشتغال بما لا فائدة فيه ، ولا ذكر أحد هذه سوى الشيخ فخر الدين الزيلعي في شرح الكنز فقال : ان قامت بينة على اعساره أخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذه والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول الشهدان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية تم كلامه . وهذا من كلامه لأنه نقله مدمجا والظاهر أنه فهم أن هذا يمضي به مجرى التزكية وليس كذلك فان التزكية شرط في قبول الشهادة وليس للحاكم أن ينفرد بالحكم بدونها أما هذا فالحاكم ينفرد ولا يترتب عليها أمر واجب ولا هي حجة في نفسها كما قلنا فلا يفيد اشتراط العدالة وقد لا يجد الحاكم عدلا يخبره فيؤدي الى تطويل حبسه مع امكان الحاكم أن ينفرد بالافراج عنه فيكون فيه نوع ظلم للمحبوس وهذا لا يجوز ، والأحسن عندي أن يقال ان كان رأي القاضي موافقا لقول هذا الواحد المستور في العسرة يقبله وان لم يكن موافقا بمعنى أن القاضي لا رأي له في هذا الوقت في حال هذا المحبوس لا من جهة العسرة ولا اليسرة فيشترط أن يكون المخبر بالعسرة عدلا كما قالوا في الاخبار بالعزل عن الوكالة فانه بالاجماع اذا اخبر الوكيل فاسق بالعزل وصدقه الوكيل فيما أخبره به من العزل انه ينعزل وانما استوضحت لهذا الكلام بمسألة

عزل الوكيل من حيث ان السغناقي قال في مسألة المحبوس ما صورته : ولا يحتاج الى لفظ الشهادة بل اذا اخبر بذلك واحد يكفي وان أخبره بذلك ثقة عمل بقوله وأخرجه من السجن والاثنان أحوط لأن ما سبيله سبيل الاخبار يكتفى فيه بقول الواحد كالاخبار بالتوكيل والعزل وأشباه ذلك فجعل هذا من باب ما سبيله سبيل الاخبار وهناك النقل تامت فانه اذا صدق الفاسق في الاخبار بالعزل ينعزل فكما هنا أولى ان يكون ما ذكرنا من أمر المستور اذا وافق اخباره رأى القاضي

تنبيه : واعلم أن هذا اذا لم يكن في الحال منازعة وأما اذا كانت منازعة بين الطالب والمحبوس بان قال الطالب أنت موسر وقال المحبوس انى معسر لا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله ولا تكون هذه شهادة على النفي فان الاعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي نبه على هذا الشيخ حسام الدين السغناقي

فائدة : واعلم أن الافراج بمضي المدة مع اخبار واحد بحال المحبوس لا يكون من باب الثبوت حتى لا يجوز أن يقول هذا القاضي ثبت عندي أنه فقير معسر ولا ينقل ثبوته الى قاض آخر بل هذا يختص بهذا القاضي لكونه لما ابتلاه بالحبس وضيق عليه ولم يظهر له مال وهو يقول انى فقير فالظاهر من حاله الفقر فأيد تمسك المحبوس بالفقر الذي هو الأصل تؤيده وهو ضرب المدة ومضيها وعدم ظهور شيء والحبس جزاء الظلم الحاصل منه بمنع أداء الحق عند الدعوى وطول المدة ليظهر له مال فاذا مضت هذه المدة وأخبر مخبر ثقة انه لا مال له أفرج عنه . بقي لنا هل يقال لو ادعى عليه آخر بدين بعدما أخرجه من الحبس عند هذا القاضي هل يجوز لهذا القاضي أن يحبسه ولا يكون بمنزلة ما لو ثبت اعساره بالبينة الشرعية أم لا يجوز للقاضي ذلك ويجعل اعساره هذا كالثابت بالبينة ؟ ينبغي أن يكون الجواب فيه على التفصيل ان كان دعوى هذا المدعي الثاني عقيب خروجه من الحبس ولم تمض مدة يحتمل حصول الغنى له لا يحبسه وأما حضور المدعي لسماع البينة بالاعسار بعد الحبس هل يشترط أم لا ؟ فقد نص في القنية والخلاصة فيما تقدم أنه لا يشترط لكن ان كان رب الدين حاضرا أطلقه القاضي بغير كفيل وان لم يكن

حاضرا أطلقه بكفيل النفس ، والظاهر أنه جعل هذا بمنزلة اخبار الواحد أعني أنه ليس بثبوت حتى لايجوز نقله الى قاض آخر فان الثبوت انما يكون في وجه خصم فمراده بقوله (اذا قامت البينة على افلاس المحبوس الى آخره) هو سؤال القاضي عن حال المحبوس من جيرانه بعد مضي مدة الحبس ولهذا لم يقل في الجواب يثبت اعساره ويخرجه وانما قال (أطلقه) ولا يلزم من الاطلاق ثبوت الاعسار كما تقدم في اخبار الواحد بحاله ، هذا الذي يجب أن يحمل عليه كلام الزاهدي وصاحب الخلاصة لا أنه يحمل على أنه يجوز للقاضي أن يثبت اعساره في غيبة غريمه ويحكم به ويرفع عنه الطلب وينقل ثبوته الى قاض آخر وهذا مما ينبغي أن يعتنى بفهمه ، وتخصيص الزاهدي على المحبوس ولم يقل على افلاس المديون يؤيد محملنا هذا فان الاخبار بحال المحبوس بعد مضي مدة الحبس ليس على وجه الوجوب وانما هو احتياط حتى كان للقاضي أن يطلقه بلا سؤال وليس هذا فيمن لم يحبس ولو كان المراد الثبوت الشرعي لاستوى الحال في المحبوس وغيره

وأما تحرير مسألة سماع البينة بالاعسار قبل الحبس فاعلم أنه مما تقدم نقله عن الاصحاب قد ذكرنا روايتين فيها وقد نقل قاضيخان عن الامام أبي بكر محمد ابن الفضل أن الصحيح أنها تقبل ونقل في شرح أدب القاضي للخصاف أن الصحيح أنها لاتقبل قال وعليه عامة المشايخ واختار قاضيخان أنه مفوض الى القاضي فان رأي أنه لين تقبل وان علم أنه وقح لا ، وكأنه أراد بقوله لين أنه يقول أنا أعرف حقك وقصدي رضاك ولكن العسر جاءني من حيث اعساري ولكن الاجر في الصبر على الله وما يضيع حقك علي ويتلطف معه وأراد بقوله وقح أنه يقول لو قعدت في الحبس كذا وكذا مايحصل لك مني شيء ولا أفكر فيك وآخرني أخرج على رغم أنفك ونحو هذا الكلام مما يحصل للسامع منه الأذى والقسوة وقوة النفس وكان والدي رضي الله عنه يقول ينبغي للقاضي اذا علم أن بينته عدول مبرزون في العدالة يشرح صدر القاضي ويثق اليهم أنه يقبل البينة بالاعسار قبل الحبس وهذا حسن أيضا وعلي عليه فان حسن عدالة الشاهد وتحريه في الشهادة ينفي الظن عن المشهود باعساره من يحتمل أن يكون له مال ويخفيه فان العدل المتحري

لايشهد بذلك مالم يقطع بالعلم بفقره واعدامه. بخلاف من حاله غير معروفة من الشهود ويحتاج الى تزكية ولا يعرف القاضي تحريه ولا ديانته . واعلم أن قول صاحب الهداية (ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل فى رواية ولا تقبل فى رواية أخرى وعلى الثانية عامة المشايخ) مراده بذلك والله أعلم غير هذه المسألة وهى سماع البينة بالاعسار قبل الحبس فان قوله قبل المدة بالالف واللام وقد تقدم فى كلامه مدة الحبس وما فيها من الاختلاف فبقى صورة أخرى وهى أنه اذا حبس فقامت له بينة بالاعسار قبل الشهرين مثلا هل تقبل أم لا ؟ ويلزم من الجواب فى هذه الصورة من أن فيها اختلاف الروايتين أن يكون الجواب كذلك فى سماعها قبل الحبس ، وقال قاضيخان فيما تقدم نقله عنه (وان أقام المديون بينة على اعساره بعد الحبس ففي الرواية الظاهرة انها لاتقبل الا بعد مضى المدة) وهى هذه الصورة التى أشار اليها صاحب الهداية ، ولم يذكر صاحب الهداية مسألة سماع البينة بالاعسار قبل الحبس وقد ذكرها غيره كما تقدم . فبقى لنا ثلاث صور سماع البينة بالاعسار قبل الحبس وقد ذكرنا أن فيها روايتين وما فيها من الاختلاف والصحيح لاتقبل قبل الحبس ، وصورة سماع البينة بالاعسار بعد الحبس قبل مضى المدة المنقولة عن الاصحاب وأن فيها روايتين واختيار عامة المشايخ على أنها لاتقبل ، والصورة الثالثة سماع البينة بالاعسار بعد الحبس ومضى المدة وليس فيها خلاف والله سبحانه وتعالى أعلم

مسألة هل يجوز أن يلزم المدعى عليه المنكر بكفيل النفس بنفس الدعوى قبل اقامة البينة أم لا ؟ وتحرير كلام الاصحاب فى ذلك . ذكر فى فتاوى قاضيخان : اذا ادعى ولم يقم البينة وطلب من القاضي تكفيله فهو على وجهين : ان قال بينتى غائبة لايكفله وان قال حضور فى المصر فى القياس لايكفله وفى الاستحسان يكفله الى المجلس الثانى ، وكذا لو أقام المدعى شاهدا واحدا فانه يأخذ منه كفيلا بنفسه وبامين المدعى ويأخذ وكيلا بالخصومة وكفيلا بنفس الوكيل فان أعطاه الوكيل دون الكفيل أو الكفيل دون الوكيل لايقبل القاضي ذلك منه لأن يرضى الخصم . وذكر فى شرح أدب القاضي للخصاف قال : ذكر عن قتادة وأبي هاشم في رجل ادعى قبل رجل مالا فقال أعطى كفيلا حتى أجيء ببينتى فقالا ليس له ذلك وهكذا روى عن عامر الشعبي ،

وروى عن ابراهيم النخعى أنه جوز أخذ الكفيل . واختلف المتأخرون فيه فمنهم من قال ما روى عن قتادة وأبى هشم وعامر قياس وما روى عن ابراهيم استحسان وبه أخذ علماؤنا ، وجه القياس أن مجرد الدعوى ليس بسبب الاستحقاق لكونه معارضا بالانكار فلا يجب على المدعى عليه اعطاء الكفيل ، ووجه الاستحسان أن فى التكفيل نظرا للمدعى فانه متى أحضر بينته ربما يخفى المدعى عليه نفسه فلا يقدر على اثبات حقه بالبينة وليس فيه كبير ضرر بالمدعى عليه فيصير الى الكفيل ، ثم بحث ثم قال : وقال أبو حنيفة وأصحابه جميعا رضى الله عنهم اذا تقدم رجل يدعى عليه حقا وسأل أن يأخذ منه كفيلا وقال لى بينة حاضرة فى المصر فان القاضى يأخذ منه كفيلا ولا يقع الفرق فى ظاهر الرواية بينهما اذا كان المدعى عليه معروفا أو لم يكن والمدعى به خطيرا أو حقيرا ، وروى عن محمد أنه قال اذا كان المدعى عليه معروفا والظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه ويفوت القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل لكن ان أعطى مختارا يؤخذ منه وكذا ان كان المدعى به حقيرا لا يخفى لاجله نفسه لذلك فلا يجبر على اعطاء الكفيل لكن ان أعطى يؤخذ منه .
ثم فى ظاهر الرواية اذا أخذ منه كفيلا الى أى وقت يأخذ ؟ اختلفت الاقوال فيه والصحيح أنه يأخذ الى ثلاثة أيام ، فان ادعى حدا فى قذف أو قصاصا أو جراحة فيها قصاص وقال له بينة حاضرة وطلب كفيلا من المطلوب يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام حتى يحضر شهوده عندهما وقال أبو حنيفة لا يجبر . واجمعوا أن فى الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا والشرب والسكر من النبيذ لا يجبر على اعطاء الكفيل وفى دعوى السرقة يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام بالمال لا بالقطع . وفيما يجب فيه التعزير مثل الحر يشتم الحر أو الحر يقذف العبد يجبر على اعطاء الكفيل ثلاثة أيام لان التعزير حق العبد يسقط بعفوه ويستحلف فيه ويثبت مع الشبهات وشهادة النساء مع الرجال . وذكر فى الهداية واذا قال المدعى لى بينة حاضرة قيل للخصم أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كى لا يغيب نفسه فيضيع حقه، والكفالة بالنفس جائزة عندنا وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعى وليس فيه كبير ضرر بالمدعى عليه وهذا

لأن المحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله فصح التكفيل باحضاره ، والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح - ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل معناه في المصر حتى لو قال المدعى لا بينة لى أو شهودى غيب لا يكفل لعدم الفائدة فان فعل والا أمر بملازمته كى لا يذهب حقه الا أن يكون غريبا فيلازمه مقدار مجلس القاضى وكذا لا يكفل الا إلى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهر . قلت فتحرر لنا من هذا كله أن المدعى اذا صحح الدعوى بين يدى القاضى وانكر المدعى عليه ذلك فلا يخلو اما أن قال المدعى لى بينة أو قال لا بينة لى فان قال لى بينة فلا يخلو اما أن قال لى بينة حاضرة أو غائبة فان قال حاضرة في المصر يجبر المدعى عليه على أن يضمن على نفسه ثلاثة ايام وهذا على وجه الاستحسان وأما على وجه القياس فلا يجبر على الكفيل ولم يذكروا الملازمة على وجه القياس والفتوى على وجه الاستحسان لان هذه المسألة ما هي من المسائل التى قدم فيها القياس على الاستحسان

تنبيه : لو طلب المدعى الكفيل بعد ما قال بينتي حاضرة في المصر وقال المطلوب ليس لي كفيل فانه لا يحبسه القاضى ولا يضربه ولا يرسم عليه ولكنه يقول للمدعى ان شئت أن تلازمه فلازمه حتى تحضر شهودك فان اختار ملازمته يجيبه القاضى الى ذلك وكيفية الملازمة أن يبقى المدعى مع المدعى عليه في قيامه وجلوسه ومشيه لأن القاضى يأمر المدعى عليه بالجلوس في مكان معين لا يخرج منه ولا يسعى في أحواله لأنه نوع حبس ولو دخل المدعى عليه دار نفسه لحاجته لا يمكن المدعى من الدخول عليه الا برضاه لكنه يجلس على باب الدار الى أن يخرج والله سبحانه وتعالى اعلم . تم الكتاب

كان الفراغ من تصحيحه وطبعه في غرة ربيع الأول سنة خمس وأربعين وثلثمائة وألف هجرية وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

فهرس

«استدراك»

نبهنا على بعض أخطاء حدثت أثناء الطبع وقد تداركناها فى بعض النسخ

صحيفة	سطر	خطأ	صواب	صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٥	٣	ولم	والالم	٩٠	٢٤	الوقف الوقف	الوقف والوقف
٥	١٧	ويجيل	ويجبل	٩٦	٢٤	ذالقراء	للقراء
٧	٢٤	رقال	وقال	٩٩	٢	ماشى	جائز
١١	٤	العال فتكاحها	العلال نكاحها	١٢٤	٢١	مات كان	مات وكان ذلك
١٤	٢٤	الكرلمى	الكرابيسى	١٤٥	٦	يسع	يسمع
١٣	٢	الصحيحية	الصحيحة	١٥٦	١٥	محمدا	محمد
١٥	١١	والجد	أوالجد	١٧٣	٢٣	الاجير	للاجارة
٢١	٤	وبنت الاخت	وبنت الاخ	١٧٣	٢٥	الاره	لبن
٢٣	١	وابن يوسف	لابيه	١٧٩	٣	الورى	الورص
٢٦	٤	لى	له	١٩٤	٦	لأنه	لآبائه
٣٢	١٤	فبهاق	فيهاول	٢٠٩	٢٤	يذهبون	يذهبوا
٣٤	١٩	بعد	بعلة	٢١٠	١٣	يعرفونا	لا يعرفونا
٣٦	١٥	الماقة	الىالاقة	٢١٢	٢٤	الشهود	المشهود
٦٧	١٩	اجارة	اجازة	٢٤٠	٢٤	للوالى	للوالى صح
٨١	٢٠	كبار	كبارا	٢٤١	٣	والمشايخ	المشايخ
٨٤	٢٠	ابى	ابن	٢٧٣	٢٤	ولكه	ولكن
٨٦	٣٣	ملعم	مقدم	٢٤٩	١٧	قيل	قبل
٨٩	١٣	يلفى	ينبغى				